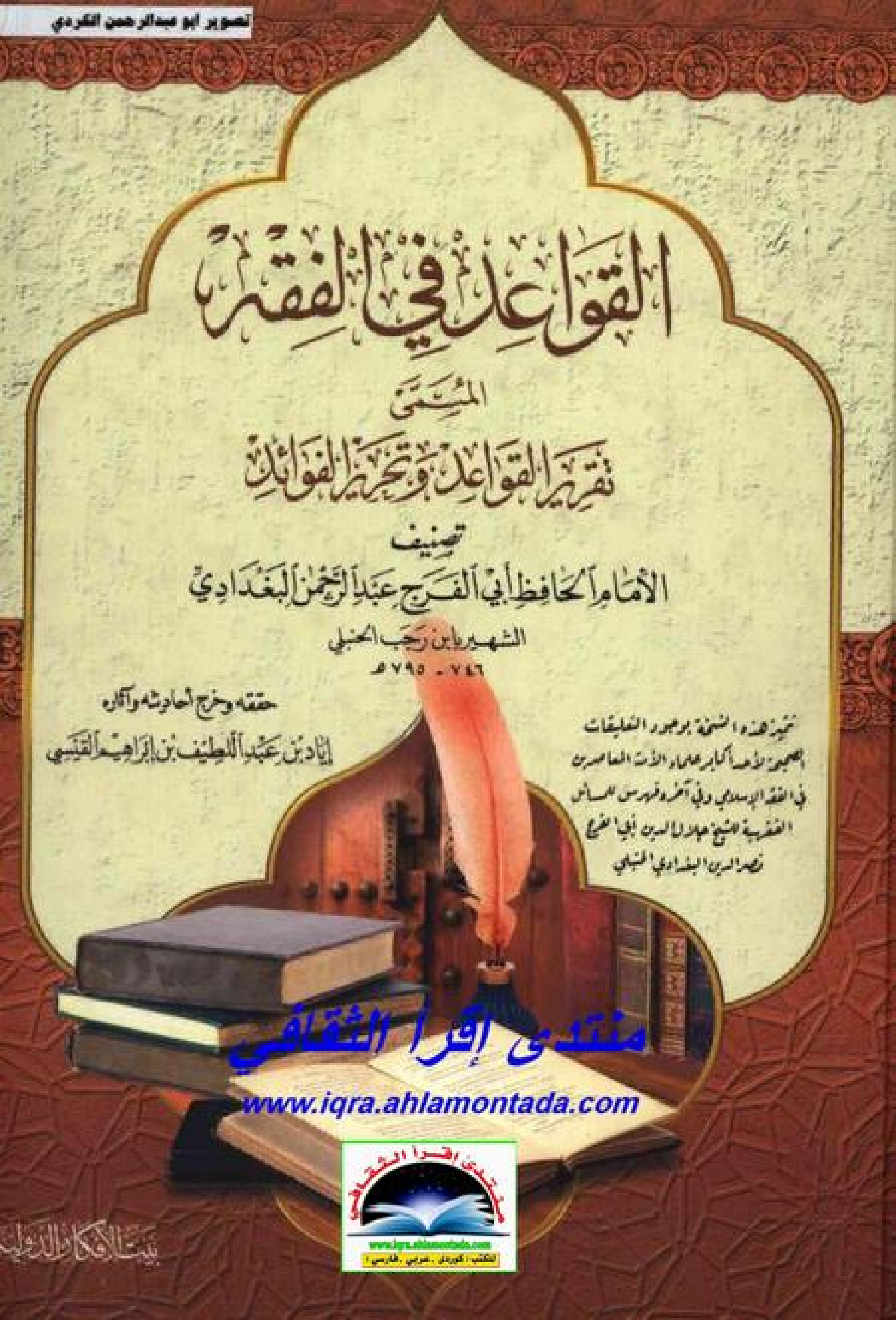


تصوير ابو عبدالرحمن الكردي
القواعد في الفقه
المسمى
تقرير القواعد وتحرير الفوائد
تصنيف
الإمام الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن البغدادي
الشهير بابن رجب الحنبلي
٧٣٦ - ٧٩٥ هـ
حققه وخرج أحاديثه وآثاره
إياد بن عبد اللطيف بن إبراهيم القيسي
منتدى إقرأ الثقافي
www.iqra.ahlamontada.com
بيت الأفكار الدولية

القواعد في الفقه

المسمّى

تقرير القواعد وتحرير الفوائد

تصنيف

الإمام الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن البغدادي

الشهير بابن رجب الحنبلي

٧٤٦ - ٧٩٥ هـ

حققه وخرج أحاديثه وآثاره

إياد بن عبد اللطيف بن إبراهيم القيسي

بيت الأفكار الدولية



● الأردن

هاتف 0201 566 6 962+
فاكس 0209 566 6 962+
ص.ب 927435 عمان 11190 الأردن

● السعودية

هاتف 2555 404 1 966+
فاكس 4238 403 1 966+
ص.ب 220705 الرياض 11311 السعودية

● المؤتمن للتوزيع

هاتف 243 5423 1 966+
فاكس 243 5421 1 966+
ص.ب 69786 الرياض 11557 السعودية

فروع المؤتمن

مكة المكرمة	02 5742532
المدينة النبوية	04 8344355
القصيم	06 3260350
جدة	02 6873547
الدمام	03 8264282
أبها	07 2296615

الشارقة 0505494860 ص.ب: 32920

www.afkar.ws
e-mail:ideashome@afkar.ws

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي جعل في كلّ زمانٍ فترة من الرسُل بقايا مِنْ أهل العلم، يَدْعُون مَنْ ضلَّ إلى الهدى، ويَصبرون منهم على الأذى، يُحيُّون بكتاب الله تعالى الموتى، ويُبصِّرون بنور الله أهلَ العمى، فكمْ مِنْ قتيل لإبليس قد أحيوه، وكم مِنْ ضالٍّ تائهٍ قد هَدَوه، فما أحسن أثرهم على النَّاس، وما أقبح أثر النّاس عليهم، يَنْفون عن كتاب الله تعالى تحريف الغالين، وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين، الذين عقدوا ألوية البدعة، وأطلقوا عنان الفتنة، فهم مختلفون في الكتاب، يَقُولون على الله وفي الله وفي كتاب الله بغير علم، ويتكَلَّمون بالمتشابه من الكلام، ويخدعون جهّال الناس بما يُشبِّهون عليهم، فنعوذ بالله من فتنة المضلِّين[1].

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أنَّ محمداً عبده ورسوله.

أما بعد:

فهذا الكتاب الثالث[2] من مؤلفات الإمام ابن رجب الحنبلي رحمه الله؛ وهو كتاب في القواعد الفقهية والتي تعدّ وعاءاً يهرع إليه كلّ فقيه، لما تحويه القاعدة الواحدة من الفروع وتحمل في طياتها من أسرار التشريع، وهي المخزون الأهم للفقيه ينزّل عليها الواقعات والنوازل وبقدر إحاطته بها تسموا مكانته ويعظم قدره بين أهل العلم.

ولهذا ولغيره أجرى فقهاء الإسلام الاستقراء التام لنصوص الشريعة وفروعها فخرّجوا الأصول على الفروع، وخرّجوا الفروع على الأصول.

وقد نشط فقهاء الإسلام في التأليف في هذا الفن منذ القرن الرابع للهجرة، إلا إن عنايتهم إزدادت في القرن الثامن، وكان للحنابلة -رغم تأخرهم- جهوداً متقنة محررَة، وقد كان لابن

---

(١) بما أنّ الكتاب في الفقه الحنبلي، آثرت وضع هذه الخطبة للإمام أحمد بن حنبل رحمه الله والتي صدّر بها كتابه «الرد على الزنادقة والجهمية» وكان ابن القيم وشيخه ابن تيمية رحمهما الله يذكراها دائماً في كتبهم، وأصلها من كلام عمر بن الخطاب ﷺ.

(٢) كان أوّل هذه السلسلة المباركة كتاب «التخويف من النار» وثانيها كتاب «فضائل الشام».

رجب منهم قصب السبق فقد فاق في بعضها من سبقه ولم يجاريه من بعده[1].

وابن رجب الحنبلي وإن كان في كتابه هذا مختصاً في الفقه الحنبلي وسرد مسائل الإمام أحمد وترجيح بعضها، إلا أنَّ محتوي قواعده المذكورة تشبه في مضمونها معظم القواعد المشهورة المتداولة وإن اختلف الأسلوب والصياغة.

وإتماماً لهذه السلسلة عزمنا -بعد التوكل على الرحمن- على إخراج هذا الكتاب بعد إضافة تعليقات بعض العلماء المعاصرين كالشيخ العلاّمة عبدالرحمن السعدي (١٣٧٦هـ) وتلميذه العلامة محمد بن صالح العثيمين (١٤٢١هـ) رحمهما الله جميعاً، مع خدمة لحسبها جيّدة من غير تكبير لحجم الكتاب ولا إثقال لهوامشه بما يشبه الشرح، نسأل الله أن يوفقنا لصواب القول والعمل، وأن يرزقنا اجتناب أسباب الزيغ والزلل، إنه قريب مجيب، والحمد لله رب العالمين.

المحقق

---

(١) هذه الكلمات مأخوذة بتصرف من كلام الشيخ بكر أبو زيد في كتابه الرائع «المدخل المفصل إلى فقه الإمام أحمد بن حنبل» (٢/ ٩٢٩-٩٣١).

ترجمة المصنف:

هو الإمام الحجّة زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسين بن محمد بن أبي البركات مسعود السلامي البغدادي ثم الدمشقي أبو الفرج الشهير بابن رجب الحنبلي.

ولد سنة (٧٣٦هـ) وافقت على ذلك مصادر ترجمته إلا ما كان من الحافظ ابن حجر فإنه قال إنه ولد سنة (٧٠٦هـ) كما في «الدرر الكامنة»، وتابعه على ذلك السيوطي في «طبقات الحفاظ»، ولعل مرد الخطأ في ذلك أن هذه سنة ولادة أبيه أحمد بن رجب.

دخل ابن رجب دمشق سنة (٧٤٤هـ) ثم رجع إلى بغداد سنة (٧٤٨هـ)، وعاد إلى دمشق ولازم شيخه الإمام ابن قيّم الجوزية إلى وفاته (٧٥١هـ)، ثم رحل إلى مصر سنة (٧٥٤هـ)، وحجّ سنة (٧٦٣هـ)، وعاد إلى دمشق واستقر بها إلى وفاته سنة (٧٩٥هـ) في شهر رجب رحمه الله رحمة واسعة.

أما أشهر مشايخه: ابن قيّم الجوزية (ت٧٥١هـ)، وابن هشام الأنصاري (ت٧٦١هـ) وخليل بن كيكلدي العلائي الشافعي (ت٧٦١هـ)، وابن قاضي الجبل الحنبلي (ت٧٧١هـ) وغيرهم.

وأشهر تلامذته: الزركشي الحنبلي (٨٤٦هـ)، وابن اللحّام الحنبلي (٨٠٣هـ)، وغيرهما.

وقد عرف ابن رجب بصحة المعتقد فقد كان على عقيدة السلف الصالح وكان يدعو للعقيدة الحقة ونقد من خالفها من الحنابلة كابن الجوزي وابن عقيل.

مؤلفاته:

لابن رجب مؤلفات كثيرة منها المطبوع ومنها المفقود، وقليل منها المخطوط.

ومن أشهر كتبه المفقودة هو شرحه البديع والذي مدحه كل من اطلع عليه ألا وهو شرحه على الترمذي والذي قيل إنه احترق في دمشق أثناء الفتنة والتي وقعت في الشام عندما دخل

التتار دمشق سنة (٨٠٣هـ) وما وقع فيها من الفساد على يد تيمورلنك[1]. ولم يتبق منه إلا عشر ورقات وهي من كتاب اللباس.

ومن مفقوداته أيضاً مشيخته، وكذا شرح المحرر[2]، وغير ذلك.

ومن المخطوطات التي نسبت إليه:

١. «الاستيطان فيما يعتصم به العبد من الشيطان» ذكروا أنه موجود في مكتبه النقري.

٢. «اختيار الأبر في سير أبي بكر وعمر» ومختصره في مكتبة برلين (٩٦٩٠).

أما المؤلفات المنسوبة لابن رجب وقد ثبت لي أنها ليستْ له قطعاً:

أ. «فضيلة شهر رجب» في مكتبة الأوقاف ببغداد (٢/ ١٣٨٠٣ - مجاميع)، وعندي نسخة منه وهي للشيخ ملا علي القارئ رحمه الله، وقد طبع.

ب. رسالة في «شعب الإيمان» في مكتبة الأوقاف ببغداد رقم (٢٦/ ٤٧٦٧)، وعندي نسخة منه وهي «مختصر شعب الإيمان» للمقريزي، وقد طبع.

ج. «أحاديث حول هدم القباب والبنايا التي على القبور» وهو مخطوط بجامعة الرياض برقم (٣٤١٣/ ٩) وقد بين الشيخ الفاضل علي الشبل حفظه الله أنَّ هذه الرسالة ليست لابن رجب، بل لأحد حملة دعوة الشيخ محمد بن عبدالوهاب رحمهم الله.

مؤلفاته المطبوعة:

١. أحكام الخواتيم وما يتعلّق بها.

٢. اختيار الأولى في شرح حديث اختصام الملأ الأعلى.

٣. الاستخراج لأحكام الخراج.

٤. استنشاق نسيم الأنس من نفحات رياض القدس.

٥. أهوال القبور وأحوال أهلها إلى النشور.

---

(١) ذكر ذلك ابن قاضي شهبة في تاريخه (٣/ ٤٨٨).

(٢) توجد قطعة منه في جامعة الإمام بالرياض برقم (٤٧٦١/ ٥).

٦. البشارة العظمى للمؤمن بأنّ حظّه من النار الحُمّى.

٧. «بيان المحجّة في سير الدلجة» ويسمى أحياناً «المحجة في سير الدلجة».

٨. التخويف من النار والتعريف بحال دار البور[1].

٩. تسلية نفوس النساء والرجال عند فقد الأطفال.

١٠. تفسير سورة الإخلاص.

١١. تفسير سورة النصر.

١٢. جامع العلوم والحكم.

١٣. الحِكَم الجديرة بالإذاعة من قول النبي ﷺ: «بعثت بالسيف بين يدي الساعة»

١٤. الذُل والإنكسار للعزيز الجبار[2].

١٥. ذمُّ الخمر.

١٦. ذمُّ قسوة القلب.

١٧. الذيل على طبقات الحنابلة.

١٨. الرد على من اتبع غير المذاهب الأربعة.

١٩. رسالة في رؤية هلال ذي الحجة.

٢٠. سيرة عبدالملك بن عمر بن عبدالعزيز.

٢١. شرح حديث أبي أمامة: «إنَّ أغبط أوليائي عندي..».

٢٢. شرح حديث: شداد بن أوس: «إذا كنز الناس الذهب والفضة»[3].

---

(١) تم نشره في بيت الأفكار، وهو الكتاب الأول ضمن هذه السلسلة.

(٢) طبع أكثر من مرّة باسم «الخشوع في الصلاة» وقد بين محقق «الذل والانكسار» عدم صحة هذه التسمية.

(٣) طبع بتحقيقي في دار العاصمة.

٢٣.شرح حديث: «لبيك اللهمّ لبيك..».

٢٤.شرح حديث: «ما ذئبان جائعان..» ويسمّى أيضاً «ذم المال والجاه».

٢٥.شرح حديث: «مثلُ الإسلام..».

٢٦.شرحُ حديث أبي الدرداء: «مَنْ سلك طريقاً يلتمس فيه علماً..».

٢٧.شرح حديث: «يتبع الميت ثلاث..».

٢٨.شرح علل الترمذي.

٢٩.صدقة السِّر وبيان فضلها.

٣٠.غاية النفع في شرح حديث: «تمثيل المؤمن بخامة الزّرع».

٣١.فائدة حول حديث النزول[1].

٣٢.فتح الباري في شرح صحيح البخاري.

٣٣.الفرق بين النصيحة والتعيير.

٣٤.فضل علم السلف على الخلف.

٣٥.«فضائل الشام» ويسمى «حماية الشام»[2].

٣٦.قاعدة في إخراج الزكاة على الفور.

٣٧.«القواعد في الفقه» ويسمى أيضاً «تقرير القواعد وتحرير الفوائد»[3] وهو كتابنا هذا.

٣٨.القول الصواب في تزويج أمهات أولاد الغُيَّاب.

٣٩.كشف الكربة في وصف حال أهل الغربة.

٤٠.الكلام على قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَخْشَى ٱللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ ٱلْعُلَمَـٰٓؤُا۟﴾.

---

(١) طبع مفرداً في دار ابن الجوزي بتحقيق طارق بن عوض الله. وهو جزء من «فتح الباري».

(٢) تم نشره في بيت الأفكار، وهو الكتاب الثاني ضمن هذه السلسلة.

(٣) ونشر باسم «القواعد الفقهية» و«القواعد في الفقه الإسلامي».

٤١.«كلمة الإخلاص وتحقيق معناها» وطبع باسم «كتاب التوحيد».

٤٢.لطائف المعارف فيما لمواسم العام من الوظائف.

٤٣.مختصر سيرة عمر بن عبدالعزيز (ولم اطلع عليه).

٤٤.مختصر فيما روي عن أهل المعرفة والحقائق في معاملة الظّالم والسارق.

٤٥.مقدمة تشتمل على أن جميع الرسل كان دينهم الإسلام.

٤٦.مورد الظمآن إلى معرفة فضائل القرآن[١].

٤٧.نزهة الأسماع في مسألة السّماع.

٤٨.«نور الاقتباس في مشكاة وصيّة النبي ﷺ لابن عباس» ويسمى «تحفة الأكياس بشرح وصية النبي ﷺ لابن عباس».

٤٩.وجوب إخراج الزكاة على الفور.

هذه هي جميع مؤلفات الحافظ ابن رجب التي طبعت سابقاً.

بقي عليّ أن أذكر كتاباً مفقوداً لابن رجب الا وهو «الأحاديث المتزايدة في أن طلاق الثلاث واحدة» وقد نقل منه كثيراً ابن عبدالهادي في كتابه «سير الحاث في الطلاق الثلاث» وهو مطبوع[٢].

كما أنّ هناك كتباً طبعت لابن رجب وهي في الحقيقة كتب مستلة من مؤلفاته المذكورة سابقاً:

١. «أسباب المغفرة» وهو مستل من «جامع العلوم والحكم».

٢. «بغية الإنسان في وظائف رمضان» وهو مستل من «لطائف المعارف».

---

(١) الكتاب يحتاج دراسة أكثر لإثبات نسبته لابن رجب.

(٢) كما إني عثرت على أسطر منقولة كتب تعدّ مفقودة كتفسير سورة الفاتحة نقلها المرداوي في «الإنصاف» (٢/ ٤٨) (٨/ ٣٥٧).

وعثرت على نقل من كتاب «الرضاع» كما في «الإنصاف» للمرداوي (٩/ ٤٠٦).

وعثرت على نقل من تعليقه على المحرر في «الإنصاف» للمرداوي (٨/ ١٧).

وعثرت على نقل من رسالته عن الصلاة قبل الجمعة في «الإنصاف» للمرداوي (٤٠٦، ٤٠٧).

٣. «مجالس في سيرة النبي ﷺ» وهو مستل كذلك من «لطائف المعارف».

كما أنّ بعض المكتبات قامت بطباعة رسائل مفردة لبعض الأحاديث من «جامع العلوم والحكم».

منهج ابن رجب في هذا الكتاب:

قسَّم ابن رجب كتابه قسمين:

١. قسم كبير (القواعد) وقد حوى على (١٦٠) قاعدة.

٢. قسم صغير (الفوائد) وقد حوى على (٢١) فائدة.

وقبل الشروع بمنهج ابن رجب يجب الإشارة إلى أنّ الكتاب مختص بالمذهب الحنبلي رغم أن القواعد التي ذكرها ابن رجب (تضمَّنت معظم القواعد المشهورة المتداولة، وإنه اختلف الأسلوب والصِّياغة في بيانها)[1].

ومنهج ابن رجب في قواعده وفوائده أنّه يجمع مسائل فقهية متنوعة، تنضبط تحت مسلك واحد، وهذا المسلك هو الذي يشكّل عند ابن رجب القاعدة. وهو لا يكتفي بجمع المسائل فحسب؛ بل هو ينقل المسألة وأقوال أحمد فيها ويذكر روايات أحمد المختلفة، ويظهر بذلك براعة في معرفة مسائل الإمام أحمد وترجيح بعضها على بعض ثم يذكر أقوال الحنابلة، وتبرز هنا قدرته الرائعة؛ فقد نقل من كتب كثيرة جداً في المذهب الحنبلي، يُعدّ كثير منها -في يومنا هذا- في عداد المفقود أو المخطوط.

وابن رجب في ذلك يظهر سعة في الإطلاع في الجانب الفقهي، ويزداد إكبارنا لهذا العَلَم إذا عرفنا أنّه ألّف كتابه هذا (على غاية من الإعجال والارتجال أو قريباً من الارتجال، في أيام يسيرة وليال)، ولم يكن ابن رجب ناقلاً للمسائل فحسب، بل محققاً محرراً ومدققاً ومفصّلاً، ذاكراً تعقّبات ومؤاخذات على النقل أو الفهم أو التخريج، كما أنّه يدعّم أقوال أهل العلم بالآيات والأحاديث والآثار.

---

(١) القواعد الفقهية (٢٥٨) للندوي.

ويمكن مراجعة ما كتب حول ابن رجب وجهوده في الفقه، ما كتبته الأستاذة أمينة جابر في رسالتها «ابن رجب الحنبلي وآثاره الفقهية».

اسم الكتاب:

- كتابنا هذا ذكره ابن رجب في كتابه «شرح صحيح البخاري» (٦/ ١٤٢-١٤٣) قائلاً: «ولو كان سبق الإمام سهواً حتى أدركه إمامُه اعتدَّ له بذلك عند أصحابنا وغيرهم خلافاً لزُفر، وقد بسطتُ القولَ على ذلك في كتاب «**القواعد في الفقه**» والله أعلم».

إذاً هو يسمّيه «القواعد في الفقه».

- وقد سمّاه جمع من الذين ترجموا لابن رجب مثل ابن مفلح في «المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد» (٢/ ٨٢) ويوسف بن عبدالهادي في «الجوهر المنضد في طبقات متأخري أصحاب أحمد» (ص٤٩)، وابن حجر في «الدرر الكامنة» (٢/ ٣٢٢)، وصاحب «شذرات الذهب» ابن العماد الحنبلي (٢/ ٣٣٩)، وغيرهم كلّهم ذكره باسم «**القواعد الفقهية**».
- وجاء اسم الكتاب في طُرّة أحد المخطوطات، والتي ذكرها الأخ المحقق مشهور بن حسن آل سلمان في تحقيقه للكتاب، وكذا الشيخ بكر أبو زيد في «المدخل» وغيرهم من المعاصرين كإسماعيل باشا البغدادي في «هدية العارفين» (١/ ٥٢٧)، وعمر رضا كحالة في «معجم المؤلفين» (٥/ ١١٨) «**تقرير القواعد وتحرير الفوائد**».
- وكثيراً من الذين نقلوا من كتاب ابن رجب هذا من الحنابلة كابن مفلح في «الفروع» والمرداوي في «الإنصاف» وغيرهما من الحنابلة كانوا يسمونه (**القواعد**) أو يذكرون فوائده فيقولون (**فوائد قواعده**).
- أما التسمية التي اشتهرت «القواعد الفقهية» فهي تسمية بموضوع الكتاب.
- والكتاب طبع في عدة دور نشر باسم «القواعد في الفقه الإسلامي».

لذا رأيت أنّ تسمية الكتاب بما سمّاه ابن رجب نفسه في شرحه للبخاري أولى؛ أو بما وُجِدَ على طُرة أحد المخطوطات؛ لأنّه عنوان شامل للقواعد والفوائد.

القواعد في الفقه

المسمّى

تقرير القواعد وتحرير الفوائد

الطبعات السابقة للكتاب:

طبع الكتاب لأوّل مرّة سنة (١٣٥٢هـ-١٩٣٣م) في مصر في مطبعة (الصدق الخيرية) بمصر، بنفقة الشيخ الجليل فوزان السابق ومكتبة الخانجي، كما مثبت في صورة هذه الطبعة في ص(٢٣). وقد اعتمد في طبع الكتاب على ثلاث مخطوطات وسأذكر ما ذكره محمد أمين الخانجي بنصه وقد أثبتُّ صورته في ص(٢٤):

كلمة الناشر

الحافظ ابن رجب الحنبلي من كبار رجال العلم في المائة الثامنة، فقيه، محدث، واعظ، مؤرخ. له في هذه العلوم جميعها مؤلفات مشهورة لها مكانتها عند العلماء وقد طبع منها الكثير لوكتابه القواعد هذا الذي نقدمه للقراء الكرام ورواد العلم وعشاق المعرفة من اجود كتبه واندرها وجوداً يدل على معرفة تامة بالمذهب.

وكنت احتفظت منه بنسختين فيهما خروم ابتغاء طبعه ولما يئست من إكمالهما بعتهما لدار الكتب المصرية إذ هي خزانة العلم في الشرق جميعه معتزماً البحث والتنقيب عن نسخة كاملة وقد شاء الله تحقيق هذه النية الصالحة فعثرت على نسخة كاملة قديمة لا تتجاوز مخطوطات عهد المؤلف وقديماً كان الشيخ الجليل فوزان السابق معتمد المملكة العربية السعودية بالقاهرة أيدها الله بنصر من عنده يمد لنا يد المساعدة على نشر مثل هذه الأسفار الجليلة خدمة للعلم وابتغاء مرضاة الله تعالى ولما عرضت على حضرته رغبتي في طبع هذا الأثر النادر الكثير الفائدة سارع حفظه الله تعالى إلى المساعدة بنصف نفقات طبعه.

فها نحن نقدمه للقراء الكرام بعد معارضة نسختنا المحفوظة بيدنا على نسختي دار الكتب المرصودتين تحت رقمي ٧١١، ٧١٢ من فن الأصول والإشارة إلى ما بينهما وبين نسختنا من اختلاف بأسفل الصفحة والذي بين المربعين [ ] زيادة عن نسختنا مع العناية بدقة التصحيح وجودة الورق وحسن الوضع، ومن الله جل شانه نستمد التوفيق والإعانة.

أوائل المحرم سنة ١٣٥٢

شهر مايو سنة ١٩٣٣

محمد امين

ثم طبع الكتاب بعد ذلك طبعات تجارية مستندة في طباعتها على طبعة الخانجي والفوزان.

إلى أن ظهرت طبعة الأخ المحقق مشهور بن حسن آل سلمان في «دار ابن عفّان» في أربع مجلدات محققة على ثلاث نسخ خطية أخرى، فضبط نصّه وأزال كثيراً من الأخطاء والسقوط في الطبعات السابقة، وبذل جهداً مشكوراً عليه فقد خدم الكتاب خدمة طيبة.

جهود مبذولة حول كتاب القواعد:

أ. من قام باختصاره وتهذيبه:

١. اختصره عبدالرزاق الحنبلي (ت٨١٩هـ) في «مختصر قواعد ابن رجب».

٢. اختصره أحمد بن نصر الله بن أحمد بن محمد بن عمر المخزومي المعروف بالمحب بن نصر الله (ت٨٤٤هـ) وقيل: هي حاشية على القواعد الفقهية الرجبية.

٣. «مختصر وتهذيب قواعد ابن رجب» ليوسف بن عبد الرحمن التاذفي الحلبي الحنبلي (ت٩٠٠هـ) كما في «إعلام النبلاء بتاريخ حلب الشهباء» (٥/ ٣٢٧).

٤. «مختصر قواعد ابن رجب» لعبد الله بن عبدالرحمن أبا بطين (ت١١٢١هـ).

٥. كتاب العلاّمة السعدي (ت١٣٧٦هـ) «تُحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رَجَب».

٦. «نيل الأرب من قواعد ابن رجب» للعلاّمة محمد بن صالح بن عثيمين رحمه الله (ت١٤٢١هـ) ولم يطبع، وقد اطلع عليه الأخ المحقق مشهور بن حسن ووضع جزءاً من مقدمته وخاتمته في مقدمة تحقيقه لقواعد ابن رجب.

ب. من قام بشرحه:

ليس هناك شرحاً سوى ما أثبتناه في هامشه للشيخ ابن عثيمين رحمه الله وهو شرح ناقص، ولكنه شرح بديع يعدُّ إضافة علمية قيّمة لقواعد ابن رجب.

عملنا في الكتاب:

١. ذكرنا أنّ الأخ المحقق مشهور بن حسن ضبط نصّه على ثلاث نسخ خطيّة، والكتاب طبع لأول مرّة على ثلاث نسخ خطية أخرى غير التي اعتمد عليها الأخ المحقق مشهور؛ فأصبح الكتاب مضبوطاً على ست نسخ خطيّة، وهذا العدد من المخطوطات يكفي

لضبط أي كتاب مهما كثر فيه التحريف والسقط.

وقد وضع الأخ المحقق مشهور بن حسن كلّ الاختلافات بين المطبوعة السابقة الذكر والمخطوطات الثلاثة، وقد اعتمدت في ضبط النص على ضبطه إلا في مواطن يسيرة اعتمدت المطبوع أو إحدى النسخ، أو ترجيحات ابن عثيمين، هذا في شرح القواعد، أما في القاعدة نفسها فقد استعنت لضبطها على كتاب العلاّمة السعدي «تحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رجب»، إضافة للأصول المطبوعة.

٢. من المعلوم للجميع أنَّ للشيخ ابن عثيمين رحمه الله تعليقاً وشرحاً على القواعد لم يتمّه، وكان قد شرحه في حلقات في مدينة (بريدة) بالمملكة العربية السعودية، وسجلت له في (١٨) شريط صوتي، وهذه التعليقات بها مادة علمية غزيرة؛ ففيها استدراكات على ابن رجب وإضافات وتوضيحات قيّمة، وكان الأخ المحقق مشهور بن حسن قد وضعها في هامش كتاب ابن رجب مشيراً لها بالحرف (ع)، وكتب في نهايتها (٢/ ٦٠٤): (..وقمت بنقل كلامه، وتصرفت في اللازم مع اختصار وحذف المكرر..) ا.هـ، ولكنّي وبعد مراجعة الأشرطة تبيّن لي أنّ هناك خللاً في الاختصار والحذف كما سقطت تعليقات كاملة، بل إن هناك تحريفات قلبت المعنى لذلك ولغيره رأيت أن أعيد نَسخهُ من جديد من غير أن أبدّل شيئاً من كلامه لا بالاختصار ولا بالتهذيب إلا في مواطن يسيرة جداً لم أستطع سماع الصوت لرداءة التسجيل، ووضعت أمامه كلمة (ابن عثيمين).

وإليك أمثلة قليلة تبين الفرق بين كلام ابن عثيمين المنقول في نسخة ابن عفان وبين ما نقلناه، وقد وضعت الفروق بخط متميز:

طبعة ابن عفان	طبعتنا
١) الإنسان لا يخلو من الخطأ، لكن المنصف يرى الصواب ويرى الخطأ، فإذا صار الصواب أكثر، فليغتفر الخطأ، وإن كان الخطأ أكثر، اضمحل به الصواب. (ع).	١) ابن عثيمين: (الإنسان لا يخلو من الخطأ، لكن المنصف يرى الصواب ويرى الخطأ، فإذا صار الصواب أكثر، فليغتفر الخطأ، وإن كان الخطأ أكثر، اضمحل به الصواب، **وإن كانا سواء لا يحكم عليه بمدح ولا ذم. كيف؟ هذا بمفرد واحد يصيب في**

طبعة ابن عفان	طبعتنا
	مائة مسألة ويخطئ في مسألة، ثم يقال: هذا الرجل فيه ما فيه إلى آخره، المؤلف رحمه الله يقول: أنا إن أخطئ فأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه، ولكنّي إن أصبت فأصيب كثيراً والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء في كثير صوابه، وهذا ما فيه تزكية هذا اعتراف)[1] ا.هـ
٢) رجل له جيب واسع، وعليه قميص، فإذا ركع بدت عورته، ولكن له لحية كثيفة تستر هذه الفتحة من القميص؛ فهل يجزي؟ نعم يجزئ؛ وإن كانت متصلة به؛ لأنها في حكم المنفصل، وفي الإحرام كذلك، مع أنه قرر في كتاب الحج أن الستر بالمتصل كاليد لا تجزئ، ولكن الصحيح أن اليد متصلة حقيقة وحكما، فمن غطى رأسه بيده وهو محرم؛ فليس عليه فدية؛ فلا يشملها قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «لا تخمروا رأسه»، ولا يعد هذا تخميرا،ثم إن هذا خلاف ما يدل عليه اللفظ في العادة، ولذلك لو أن رجلا حمل متاعه على رأسه لا فدية عليه.(ع).	٢) ابن عثيمين: (رجل له جيب واسع، وعليه قميص، فإذا ركع بدت عورته، ولكن له لحية كثيفة تستر هذه الفتحة من القميص؛ فهل يجزي؟ نعم يجزئ؛ وإن كانت متصلة به؛ لأنها في حكم المنفصل فهي كما لو وضع غترة،[2] وفي الإحرام كذلك، مع أنه قرر في كتاب الحج أن الستر بالمتصل كاليد ونحوها لا تجزئ، ولكن أنا عندي[3] أن مسألة اليد ليست كمسألة الشعر لأنَّ اليد متصلة حقيقة وحكما، فمن غطى رأسه بيده وهو محرم؛ فليس عليه فدية مع أنه غطّى بملاصق، لماذا ليس عليه فدية؟ نقول: لأنَّ اليد متصلة حقيقة وحكماً؛ فلا

(١) لاحظ كيف اهملت هذهِ الزيادة المهمّة.

(٢) هذا المثال مهم وإهماله غير صحيح.

(٣) في طبعة ابن عفان قال (ولكن الصحيح) وهنا قال (أنا عندي) وفرق واسع بين قوله (الصحيح) أو (أنا عندي).

طبعة ابن عفان	طبعتنا
	يشملها قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «لا تخمروا رأسه»، ولا يعد هذا تخميراً، ثم إن هذا خلاف ما يدل عليه اللفظ في العادة، ولذلك لو أن رجلا حمل متاعه على رأسه لا فدية عليه؛ لأنَّ هذا لا يعد ستراً في العادة) ا.هـ
٣) المتمتع الذي لم يجد الهدي؛ فله أن يصوم ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجع، لكن في أثناء الصوم وجد الهدي؛ هل يلزمه الانتقال أو لا يلزمه؟ يقول المؤلف: إنه لازمه؛ لأن هذا البديل شرع رخصة عامة وليس لتعذر الأصل بالكلية، ولكن من أجل الرخصة على المكلف.(ع).	٣) ابن عثيمين: (المتمتع الذي لم يجد الهدي؛ فله أن يصوم ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجع، لكن في أثناء الصوم وجد الهدي؛ هل يلزمه الانتقال أو لا يلزمه؟ يقول المؤلف: إنه لا يلزمه[١]؛ لأن هذا البديل شرع رخصة عامة وليس لتعذر الأصل بالكلية، ولكن من أجل الرخصة على المكلف) ا.هـ

كما أضفت بعض القواعد التي ذكرها العلاّمة عبدالرحمن السعدي في كتابه في «القواعدُ والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة»[٢] والتي وافقت قواعد ابن رجب وقد شرحها أيضاً العلاّمة ابن عثيمين في مدينة عنيزة، واضعاً كلام السعدي وابن عثيمين لزيادة الفائدة.

---

(١) هذا تحريف وقلب للمعنى فهناك قال (لازمه) والصحيح (لا يلزمه).

(٢) هذا الكتاب طبع حديثاً في مكتبة السنة بمصر بعناية: أيمن بن عارف الدمشقي وصبحي محمد رمضان.

٣. خرّجت الأحاديث التي أوردها ابن رجب في كتابه صراحة، كما خرّجت الأحاديث التي أشار إليها، وما كان في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت به وما كان في غيرهما استطردت ثم حكمت عليه صحة وضعفاً.

٤. خرّجت الآثار من أقوال الصحابة والسلف.

٥. عزوت بعض الأقوال لبعض كتب الحنابلة المطبوعة كالمغني والمحرر وبعض مسائل الإمام أحمد المطبوعة.

٦. ترجمت لكل علم مذكور، وكل كتاب مذكور ذاكراً إن كان مطبوعاً أو مخطوطاً أو مفقوداً.

٧. وأخيراً فإنّ كتاب ابن رجب يحتاج إلى مَنْ يرتب قواعده ومسائله على أبواب الفقه وقد قام الشيخ جلال الدين أبي الفرج نصر الدين البغدادي بهذا الترتيب، وقد نشر مع أوّل طبعة للكتاب سنة (١٣٥٢هـ) ثم وجد له الأخ المحقق مشهور بن حسن مخطوطات ضبط بعض الخلل في هذه الفهارس في الطبعة الأولى.

٨. وضعت فهارساً للآيات والأحاديث والآثار.

تصويبات حول كتاب ابن رجب

١. قال الشيخ الفاضل بكر أبو زيد في «المدخل» (٢/ ٩٣٢): (وقد عمل الشيخ فوزان السابق (ت١٣٧٣هـ) فهرساً فقهياً لفروعه) مطبوع.

وتابعه على ذلك الأخ المحقق مشهور بن حسن في مقدمته لتحقيق الكتاب (١/ ٢٢). ويبدو أنّ كلاهما لم يطّلع على الطبعة الأولى للكتاب.

فالكتاب طبع على نفقة الشيخ الجليل فوزان السابق، معتمد المملكة العربية السعودية في القاهرة.

والذي اعتنى به لضبط نصه ومقابلة مخطوطاته هو محمد أمين الخانجي صاحب مكتبة الخانجي، والذي أراد وضع الفهرس هو محمد أمين الخانجي ولكنّه عَدَلَ عن ذلك لأنّه وجد

نسخة العلاّمة جلال الدين نصر الله البغدادي الحنبلي في نابلس تفي بالغرض فنسخها ووضعها بعد الكتاب، كما هو مثبت في صورة نسخة الطبعة الأولى انظر ص(٢٦).

٢. ذكر الأستاذ عبدالجبار عبدالرحمن صاحب كتاب «ذخائر التراث العربي الإسلامي» (١/ ١٢٠) أنّ أوّل طبعاته طبعة الأستاذ طه عبدالرؤوف سعد وقد ظهرت أول مرة في القاهرة في مكتبة الخانجي سنة (١٣٥٢هـ-١٩٣٣م) في (٤٥٤) صفحة.

وأيّد هذا الكلام الأخ المحقق مشهور بن حسن في مقدمته (١/ ٢٣).

وهذا ليس بصواب، فالطبعة الأولى كما ذكرنا في (مطبعة الصدق الخيرية بمصر) وليس في (المطبعة الخيرية)، وهي بتحقيق (محمد أمين الخانجي) صاحب المكتبة وليس (طه عبدالرؤوف سعد)، ولكن الأستاذ طه عبدالرؤوف أخذ هذه الطبعة ونشرها بعد ذلك. والطبعة التي أشار إليها صاحب الذخائر هي وصف لنسخة الخانجي بتحقيق (محمد أمين الخانجي).

* * *

وأخيراً عسى أن أكون قد وُفقت لإخراج هذا السِّفر الجليل، ضمن هذهِ السلسلة المباركة في إخراج آثار العلاّمة ابن رجب الحنبلي كاملة.

وأسأل الله العظيم ربَّ العرش العظيم أن يقبل عملي هذا ويجنبني حظوظ النفس والهوى، كما لا يسعني قبل الختام إلا أن أشكر مَنْ مَدّ لنا يد المساعدة والعون، والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين.

ابو معاذ

إياد بن عبداللطيف بن إبراهيم

القيسي

عمان في ٢٦ من ذي الحجة ١٤٢٤هـ

صور الطبعة الأولى للكتاب





للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ

في الفقه الاسلامي

الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م

بنفقة الشيخ الجليل فوزان السابق

و

مكتبة الخانجي

لأصحابها أولاد محمد أمين الخانجي

بشارع عبد العزيز بمصر

مطبعة الصدق الخيرية بمصر

كلمة للناشر

الحافظ ابن رجب الحنبلي من كبار رجال العلم فى المائة الثامنة ، فقيه ، محدث ، واعظ ، مؤرخ. له فى هذه العلوم جميعها مؤلفات مشهورة لها مكانتها عند العلماء وقد طبع منها الكثير [وكتابه القواعد] هذا الذي نقدمه للقراء الكرام ورواد العلم وعشاق المعرفة من أجود كتبه وأندرها وجودا يدل على معرفة تامة بالمذهب .

وكنت احتفظت منه بنسختين فيهما خروم ابتغاء طبعه ولما يئست من اكمالها يممت دار الكتب المصرية اذ هى خزانة العلم فى الشرق جميعه معتزما البحث والتنقيب عن نسخة كاملة وقد شاء الله تحقيق هذه النية الصالحة فعثرت على نسخة كاملة قديمة لا تتجاوز مخطوطات عهد المؤلف

وقديما كان الشيخ الجليل فوزان السابق معتمد المملكة العربية السعودية بالقاهرة ايدها الله بنصر من عنده يمد لنا يد المساعدة على نشر مثل هذه الاسفار الجليلة خدمة للعلم وابتغاء مرضاة الله تعالى ولما عرضت على حضرته رغبتى فى طبع هذا الأثر النادر الكثير الفائدة سارع حفظه الله تعالى الى المساعدة بنصف نفقات طبعه

فها نحن نقدمه للقراء الكرام بعد معارضة نسختنا المحفوظة بيدنا على نسختى دار الكتب المرصودتين تحت رقمى ٧١١، ٧١٢ من فن الأصول والاشارة الى مابينهما وبين نسختنا من اختلاف بأسفل الصفحة والذى بين المربعين [ ] زيادة عن نسختنا مع العناية بدقة التصحيح وجودة الورق وحسن الوضع، ومن الله جل شأنه نستمد التوفيق والاعانة ؟

محمد أمين

أوائل المحرم سنة ١٣٥٢
شهر مايو سنة ١٩٣٣

صورة الصفحة الأولى من الطبعة الأولى

٤٢٤

حينئذ فى الابتداء غير ان القاضى حكى الخلاف فى تفريق الصفقة فى السلم والصرف تصريحه فى المسـ
بأن القبض شرط للدوام دون الانعقاد وهذا يقتضى ولا بد تخريج الخلاف فى تفريق الصفـ
دواما قبل استقرار العقد . وذكر أبو بكر الشامى أن مال الزكاة اذا بيع ثم أعسر البائع بالز..
فللساعى الفسخ فى قدرها فاذا فسخ فى قدرها فهل ينفسخ الباقى يخرج على روايتى تفريق الصفقة وهذا
تصريح باجراء الخلاف فى التفريق فى الدوام فان انفسخ هنا بسبب سابق على العقد فلا يسـ
العقد معه فهذا فى البيع ونحوه فأما فى النكاح فان طرأ ما يقتضى تحريم إحدى المرأتين بعينها
ورضاع اختصت بانفساخ النكاح وحدها بغير خلاف وان طرأ ما يقتضى تحريم الجمع بينهما فان لم
لاحديهما مزية بأن صارتا أماً وبنتاً بالارتضاع فروايتان أصحهما يختص الانفساخ بالأم وحد..
اذا لم يدخل بهما لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فهو كمن أسلم على أم وبنت لم يدخل بهما
يثبت نكاح البنت دون الأم والله أعلم .

وجد فى آخر النسخة مانصه

الحمد لله كثيرا بلا انتهاء وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا دائما الى يوم
الدين وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم تمت القواعد بتجديد مالكها
الفقير الى الله تعالى محمد بن احمد بن سيف الحنبلى غفر الله له ولوالديه ومشايخه فى الدين آمين



صورة الصفحة الأخيرة من الطبعة الأولى

فهـرس كتاب

القواعد

للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى ٧٩٥ هـ

الحمد لله وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

وبعد : فقد فكرت كثيرا في ترتيب فهرس كتاب القواعد (هذا) حين قارب الطبع التمام وكان لمح لي أن ارتبه (أولا) على القواعد حسب وضع المؤلف ، الاولى ثم التي تليها وهكذا الى الآخر وكان معنى ذلك ان آتي بملخص القاعدة وفي ذلك من الصعوبة والطول ثم اغماض المسائل المندرجة تحت تلك القواعد ، ثم فكرت (ثانيا) في استخراج مسائله مرتبة على الابواب كما صنع مبوب كتاب الاشباه والنظائر للعلامه ابن نجيم. وترددت بين هذا وذاك حتى ظفرت بنسخة وصلتني من نابلس وفي آخرها فهرس لمسائله على الابواب وضعه العلامة جلال الدين نصر الله البغدادي الحنبلي فاسرعت في الشروع فيه اتماما للفائدة وهذا نص مقدمته:

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه الطاهرين وسلم تسليما كثيرا الى يوم الدين (وبعد) فانه لما كان كشف المسائل من كتاب تقرير القواعد وتحرير الفوائد للشيخ الامام العلامة زين الدين بن رجب الحنبلي تغمده الله برحمته مطولا ، اجتهدت في جمع مسائله حسب الامكان ورتبتها على ابواب الفقه من تشاكل المسائل ومناسبة بعضها بعضا لا على ترتيب أصل الكتاب وذلك لتسهيل الكشف ، فاذا اردت أن تعرف المسألة من أي القواعد هي فانظر الى حروف الجمل الصغيرة مرموزة بالأحمر عقيب كل مسألة .

مثال ذلك إذا كان عقيب المسألة ق ن ج فاعلم أن القاف بمائة والنون بخمسين والجيم بثلاثة فاطلب القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة تجد المسألة في القاعدة المذكورة(١) ان شاء الله تعالى

(١) أبدلت تلك الحروف بالارقام كما تجد ذلك في صفحات الفهرس وقد زدنا رقم الصفحات فالارقام التي على اليمين تشير الى الصفحات والتي على اليسار تشير الى القواعد

صورة الفهرس الذي صنعه جلال الدين نصر الله البغدادي الحنبلي في الطبعة الأولى

فإنه يخرج على روايتي تفريق الصفقة وهذا الفرع آخر الخلاف في
الفرق بين الدوام فان الفسخ هنا بسبب سابق على العقد فلا يستقر العقد
معه فهو اشبه بالبيع ونحوه فاما في النكاح فان طرى ما يقتضي
تحريم احدى المرأتين بعينها كردة او رضاع اختصت بانفساخ النكاح
وحدها بغير خلاف وان طرى ما يقتضي تحريم الجمع بينهما فان لم يكن
لاحداهما مزية على الاخرى بان صارتا اختين برضاع امرأة واحدة لهما
فالمنصوص انفساخ نكاحهما وان كان لاحداهما مزية بان صارتا اما وبنتا
بالارضاع فروايتان اصحهما يختص الانفساخ بالام وحدها اذا
لم يدخل بهما لان الاستدامة اقوى من الابتداء فهو كمن اسلم على
ام وبنت لم يدخل بهما فانه يثبت نكاح البنت دون الام والله اعلم

بلغ مقابلة لجميع الكتاب باصل
الشيخ [illegible]
[illegible]
[illegible]

خط العلاّمة الحافظ ابن رجب الحنبلي



النص المحقق



وهو حسبي ونعم الوكيل
رب يسر وأعن

قال الشيخ الإمام، العالم، العلامة، أبو الفرج، زين الدين، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، الحنبلي، البغدادي رحمه الله ورضي عنه:

الحمد لله الذي مهد قواعد الدين بكتابة المحكمْ، وشيّد معاقد العلم بخطابه وأحكم، وفقّه[١] في دينه من أراد به خيراً من عباده وفهّمْ، وأوقف مَنْ شاء على ما شاء من أسرار مراده وألهمْ؛ فسبحان مَنْ حكم فأحكمْ! وحلل وحرم، وعرف وعلم، علّم بالقلمْ، علّم الإنسان ما لم يعلمْ.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة تهدي إلى الطريق الأقومْ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله المخصوص بجوامع الكلمْ[٢] وبدائع الحكمْ، وودائع العلم والحلم والكرمْ، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلّمْ.

أما بعد:

فهذه قواعد مهمّة وفوائد جمّة، تَضْبط للفقيه أصول المذهبْ، وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيّبْ، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحدْ، وتقيّد له الشواردْ، وتقرّب عليه كلّ متباعدْ، فليمعن الناظر فيه النظرْ، وليوسّع العذر؛ إن اللبيب مَنْ عذر؛ فلقد سنح بالبال على غاية من الإعجال؛ كالارتجال أو قريباً من الارتجال؛ في أيام يسيرة وليال، ويأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء في كثير صوابه[٣].

---

(١) **ابن عثيمين:** (قوله: «قواعد» و«فقه»: فيها ما يسمّى عند علماء البلاغة ببراعة الاستهلال.
براعة الاستهلال: هو أن يقول الكاتب أو المؤلف في مستهل كلامه ما يدل على موضوع الكتاب. فهنا قواعد وفقه تدل على أن هذه قواعد فقهية) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (فيه أن هذه القاعدة تكون جامعة) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (الإنسان لا يخلو من الخطأ، لكن المنصف يرى الصواب ويرى الخطأ، فإذا صار الصواب أكثر، فليغتفر الخطأ، وإن كان الخطأ أكثر، اضمحل به الصواب، وإن كانا سواء لا يحكم عليه بمدح ولا ذم. كيف هذا بمفرد واحد يصيب في مائة مسألة ويخطئ في مسألة، ثم يقال هذا الرجل فيه ما فيه إلى آخره، المؤلف رحمه الله يقول: أنا إن أخطئ فأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه، ولكني إن أصبت فأصيب كثيراً والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء في كثير صوابه، وهذا ما فيه تزكية هذا اعتراف) ا.هـ

والله المسؤول أن يوفقنا لصواب القول والعمل، وأن يرزقنا اجتناب أسباب الزيـغ والزّلـل، إنه قريب مجيب لمن سأل، لا يخيب من إياه رجا وعليه توكل.

القاعدة الأولى

الماء الجاري هل هو كالراكد[١]، أو كل جرية منه لها حكم الماء المنفرد؟

فيه خلاف في المذهب ينبني عليه مسائل:

أحدها: لو وقعت فيه نجاسة؛ فهل يعتبر مجموعه؟ فإنْ كان كثيراً لم ينجَسْ بدون تغيّر وإلا نَجسَ، أو تعتبر كل جرية بانفرادها، فإنْ بلغت قلّتين لم تنجس، وإلا نجست[٢]؟

فيه روايتان حكاهما الشيرازي[٣] وغيره.

والثانية: المذهب عند القاضي[٤]، والثانية: لو غمس الإناء النجس في ماء جار، ومرّت عليه سبع جريات ؛ فهل ذلك غسلة واحدة أو سبع غسلات[٥]؟

---

(١) ابن عثيمين: (الماء الجاري الذي يجري، والراكد الذي لا يجري، الماء الجاري والراكد هل هما سواء أم يختلفان؟ فيه خلاف في المذهب، وهذه عندي أنها ليست من القواعد، لكنها مسألة تتفرع عليها مسائل، فهي أشبه ما تكون بالمسائل الخلافية التي تترتب عليها فوائد كثيرة) ا.هـ

(٢) ابن عثيمين: (الجرية: عبارة عن الدفعة من الماء.
هذه فائدة إذا قلنا كل جرية لها حكم المنفرد؛ فإنّه ينجس بمجرد الملاقاة، فإذا نجس الذي يقابل النجاسة، نجس الذي بجانبه وهكذا في الماء كله.
وإن قلنا: إنه يعتبر بمجموعه؛ فحين ذلك ينظر: هل هو كثير فلا ينجس إلا بالتغير؟
ومنه أيضاً ما ذكره المؤلف: لو سقطت في هذا الماء الجاري بعير ميته؛ فهل ينجس أم لا؟
يقولون: إن قلنا: كل جِرْيَة تعتبر منفردة؛ فالذي يحيط بالبعير كبير، وعليه فلا ينجس إلا بالتغير، وإذا سقطت فيه شعرة من كلب، نَجَسْ صار نجساً؛لأنّ الذي يلي الشعرة لا يبلغ قلتين، فينجس بالملاقاة والذي جنبه ينجس بملاقاته، والذي جنبه ينجس بملاقاته، فيؤدي إلى أن ينجس نهر كبير بشعرة كلب، ولا ينجس بجيفة بعير، ولهذا كان القول الراجح في هذه المسألة: إنه يعتبر شيئاً واحداً، مع أن الصحيح على كل تقدير: أن الماء لا ينجس إلا بالتغيُّر) ا.هـ

(٣) هو عبدالواحد الشيرازي المقدسي (ت٤٨٦هـ) له سبعة كتب في المذهب الحنبلي.

(٤) هو القاضي أبويعلى (ت٤٥٨هـ) له (٣٩) كتاب في المذهب الحنبلي.

(٥) هذا الحكم مأخوذ من قوله ﷺ: «كانت الصلاة خمسين، والغسل من الجنابة سبع مرات، والغسل في البول سبع مرات فلم يزل النبي ﷺ يسأل حتى جعلت الصلاة خمساً، والغسل من البول مرة، والغسل من الجنابة مرة» رواه أبوداود (٢٤٧)، وأحمد (٢/ ١٠٩)، والبيهقي في السنن (١/ ١٧٩، ٢٤٤-٢٤٥). عن ابن عمر وسنده ضعيف فيه أيوب بن جابر بن سيار الحنفي وهو ضعيف، وعبدالله بن عصمة أو عصم، وقد اختلف فيه.

على وجهين حكاهما أبـو الحسـن بـن الغـازي تلميـذ الآمـدي[١]، وذكـر أن ظـاهر كـلام الأصحاب أن ذلك غسلة واحدة، وفي «شرح المذهب»[٢] للقاضي: أنّ كلام أحمـد يـدلّ عليـه، وكذلك لو كان ثوباً ونحوه وعصره عقب كلّ جِرْية[٣].

والثالثة: لو انغمس المحدِث حدثاً أصغر في مـاء جـار للوضـوء، ومـرّ عليـه أربـع جريـات متوالية، فهل يرتفع بذلك حدثه أم لا؟

على وجهين، أشهرهما عند الأصحاب: أنه يرتفع حدثه.

وقال أبو الخطاب في «الانتصار»: ظاهر كلام أحمد أنه لا يرتفـع حدثـه؛ لأنـه لم يفـرق بـين الجاري والراكد[٤].

قلت: بل نصّ أحمد على التسوية بينهما في رواية محمـد بـن الحكـم[٥]، وأنـه إذا انغمـس في دجلة؛ فإنّه لا يرتفع حدثه حتى يخرج مرتباً[٦].

---

(١) هو أبوالحسن محمد بن أحمد بن الغازي البدليسي من حنابلـة آمـد وهـو تلميـذ الآمـدي أبوالحسـن علي بـن محمـد البغدادي (ت٤٧٦هـ).

(٢) «شرح المذهب» من كتب القاضي أبويعلى (ت٤٥٨هـ) وهو مفقود.

(٣) **ابن عثيمين**: (هذا رجل معه إناء نجس بمذهب إزالة النجاسة سبع مرات ولو نجاسة غير الكلب، وهذا حطّه علـى ماء يجري، فإذا قلنا: كل جِرْية منفردة لها حكم المنفرد ومرّ عليه سبع جِريات صار طاهراً؛ لأن الآن كل جرية غسلة، الجِرية تباشر الشيء إذا مر عليه سبع مرات الماء طهره، وإذا قلنا: لا إن الجاري كالراكد؛ فإنه لا بـد أن يخرجهـا مـن الماء ثم يعيدها ثم يخرجها ثم يعيدها حتى تتم سبع مرات.
كذلك لو وضع فيه ثوبا نجسا ومر عليه سبع جريات وهو كل ما مرّ عليه جرية يعصره، فإن قلنا: إنه كـل جريـة لهـا حكم المنفرد ومر عليه سبع جريات؛ طَهُر، وإلا؛ فلا بد من إخراجه ثم عصره خارج الماء، وهذا كله مبـني علـى أنـه لا بد من سبع غسلات، والصحيح أنه لا يجب سبع غسلات إلا في نجاسة الكلب سبعة إحداهمـا في الـتراب، وأمـا غيره فمتى زالت النجاسة؛ طهر بأيّ عدد كان) ا.هـ

(٤) الانتصار (١/ ٢٨١) لأبي الخطاب الكَلْوذاني (ت٥١٠هـ). وللكتاب اسم آخر هو «الخلاف الكبير».

(٥) هو محمد بن الحكم أبوبكر النسائي مات قبل وفاة الإمام أحمد بثمان عشر سنة.

(٦) **ابن عثيمين**: (من فروع هذا الخلاف:
إنسان محدث حدثا أصغر، فانغمس في الماء الذي يجري، ومرّ عليـه أربـع جريـات، لمـاذا قلنـا أربـع؟ لأن فيـه اربـع أعضاء، والترتيب لا بد منه، الجرية الأولى للوجه، والثانية لليدين، والثالثة للرأس، والرابعـة للرجلين، نقـول أربعـة لأجل الترتيب؛ فهل يرتفع حدثه؟ يقول المؤلف: ينبني على الخلاف:

=

والرابعة: لو حلف لا يقف في هذا الماء، وكان جاريا؛ لم يحنث عند أبـي الخطـاب وغـيره؛ لأن الجاري يتبدل ويستخلف شيأ فشيأ؛ فلا يتصور الوقوف فيه، وقياس المنصـوص أنـه يحنـث؛ لا سيما والعرف يشهد له، والأيمان مرجعها إلى العرف، ثم وجدت القاضي في «الجامع الكبير»[1] ذكر نحو ذلك، والله أعلم[2].

إنّ قلنا بأنّ الماء الجاري كلّ جِرية منه لها حكم المنفرد؛ فإنه يطهر، وإن قلنا: إنه واحد الجاري كأنّه راكـد-مـا يرتفـع حدثه لو مرّ عليه أربعين مرّة، لا بدّ أن يخرج منه مرتباً، وهذا القول: هو الذي نصّ عليه الإمام أحمد رحمه الله.
لا بدّ أن يخرج مرتبا، لا بد أن يخرج وجهه أولا، ثم يديه، ثم رجليه، وهذا الأخير هو الصواب بلا شـك، ولـو أنـه انغمس في الماء الراكد وليس الجاري؛ يغسل وجهه، ثم يغسل يديه وهو داخل الماء -ما خرج من الماء- ، ثـم مسـح رأسه وغسل رجليه، الظاهر لي أنه يكفي، وظاهر كلامه أنه لا يكفي؛ لكنّ الظاهر أنـه يكفـي؛ لأنّ كـلّ مـاء يباشر عضواً؛ فهو غير الماء الذي يباشر العضو الآخر؛ فلا يقال هنا: إن الرجـل اسـتعمل المـاء مرتـين لعضويـن؛ لأن مـن المعلوم أن الماء الذي غسل به الوجه غير الذي يلي اليدين، وهكذا، ولكن مـع هـذا نقـول: إنّ الأحـوط والأولى أنْ تخرج وتتوضأ مرتباً كل عضو بعد الأخر، ولكنّ هذه المسائل التي يقولها العلماء تجدها مسائل نادرة عند الناس، ربمـا تقع فيما إذا كان إنسان في بحر يسبح أو في نهر أو في مجمّع ماء كبير، ويمكن أن يفعل هذا في بركة كبيرة: أنت واقـف في ماء، أول جرية تأتي؛ تقول: هذا للوجه، والثانية لليدين، والثالثة للرأس، والرابعة للرجلين، أنـت تقدرهـا، وهنـا رتّب لأنه نوى، عمل الجرية الأولى لما انفصلت ضاعت، أتت جرية جديدة مـن جديـد، والدلـك ليـس شرطـاً؛ لأن الغسل في اللغة يطلق على مجرد وصول الماء المغسول بدون دلك، لكن التدلك أفضل) ا.هـ

(١) هو من كتب القاضي أبويعلى والذي لم يتمّه.

(٢) **ابن عثيمين**: (إذا قلنا: الجاري كل جرية لها حكم المنفرد فهو لا يحنث، يعني ما عليه كفارة يمين. مـا السـبب؟ لأن الماء تغير ما وقف، وإذا قلنا: إن الجاري كالراكد فعليه كفارة يمين. هذا كلامه.. لكن نقول: إن قياس المنصوص يعني عن الإمام أحمد أنه أحنث لأنه قال الأيمان مرجعها إلى العرف، كلّ يعـرف أنـه إذا قـال والله لا أقـف بـهذا المـاء مـا المقصود والله ما أقف في الجرية التي تمشي، المقصود المكان نفسه. ولهذا نقول أنه يحنث وأن عليه كفـارة، العجيـب أن المؤلف رحمه الله ما ذكر المذهب الذي قدمناه، وهو الذي يلزم من القول أن الماء الجاري كل جرية لهـا حكـم المنفـرد يلزم منه أن ينجس نهر بشعرة من كلب ولا يتنجس من جيفة بعير، لأن ملاقات الشعرة دون القلة قليل، فينجس ثم ينجس الثاني بجنبه بالملاقاة و هكذا، ولهذا الفقهاء رحمهم الله ضعّفوا هذا القول بهذا المثال وهذا المثال جيد، لأن هذا القول يضعف القول بأن كل جرية لها حكم المنفرد يضعفها أضعافاً بيناً والله أعلم) ا.هـ

القاعدة الثانية

شعر الحيوان في حكم المنفصل عنه لا في حكم المتصل، وكذلك الظفر.

هذا هو جادة المذهب[(١)]، ويتفرع على ذلك مسائل:

منها: إذا مسَّ شعر امرأة بشهوة لم ينتقض وضوؤه، وكذلك ظفرها، أو مسها بظفره أو بشعره[(٢)].

ولهذه المسألة مأخذ آخر: وهو أن هذه الأجزاء ليست بمحل للشهوة الأصلية، وهي شرط لنقض الوضوء عندنا[(٣)].

ومنها: أن الشعر لا ينجس بالموت ولا بالانفصال على المذهب[(٤)]، وكذا ما طال من الظفر على احتمال فيه، أما على المشهور، فإن انفصل من آدمي؛ لم ينجس على الصحيح، ومن غيره ينجس؛ لأنه كانت فيه حياة ثم فارقته حال انفصاله، فمنعه الاتصال من التنجيس، فإذا انفصل؛ زال المانع، فنجس[(٥)].

ومنها: غسله في الجنابة والحدث.

---

(١) ينظر: «المغني» (١/ ١٠٦)، شرح العمدة (الطهارة) (١٢١).

(٢) ينظر: «المغني» (١/ ٢٦٠)، «شرح العمدة» (الطهارة) (٣١٩).

(٣) **ابن عثيمين:** (المذهب عندنا أن من مسّ امرأة بشهوة انتقض وضوؤه، والصحيح عدم النقض، ولكن المؤلف فرع على المذهب، مذهب الإمام أحمد فإذا مس امرأة بشهوة مسّ ظفره أو مس شعرها أو مسّها بشعره أو بظفره، لم ينتقض وضوءه؛ لماذا؟ يعلل بالقاعدة، لأن الشعر في حكم المنفصل، وكذلك الظفر، وقيل: لا ينتقض من مأخذ آخر، وهو أن هذه الأجزاء ليست محلا للشهوة الأصلية، وهذا التعليل فيه نظر، لأن الشعر قد يكون محل الشهوة، كم من إنسان يأخذ شعر امرأة ويقبله ويشتهي ذلك لكن التعليل الأول هو الأصح) ا.هـ

(٤) ينظر: «الفروع» (١/ ١٠٧).

(٥) **ابن عثيمين:** (المذهب المشهور الآن: أنه في حكم المنفصل المطلق وأنّ ما انفصل من الحيوان -لكنْ بشرط أنْ يكون طاهراً في الأصل-؛ ما انفصل من حيوان طاهر فهو طاهر، وما انفصل من حيوان نجس؛ فهو نجس؛ فشعر الكلاب مثلا نجس؛ لأنّه انفصل من حيوان نجس، وشعر الهرّ وشعر الشاة وما أشبهها طاهر، وشعر الآدمي طاهر، وكذلك الظفر) ا.هـ

فأما الجنابة؛ ففي وجوب غسله وجهان، والذي رجحه صاحب «المغني»[(١)] وذكر أنه ظاهر كلام الخرقي عدم الوجوب؛ طردا للقاعدة، ومن أوجبه؛ فيقول: وجب تعبداً.

نعم، إن كان وصول الماء إلى البشرة لا يمكن بدون غسله؛ وجب لضرورة وجوب إيصال الماء إلى ما تحته، وأما في الحدث الأصغر؛ فلا يجب غسل المسترسل منه على الصحيح[(٢)]، وأما المحاذي لمحل الفرض؛ فيجزئ إمرار الماء على ظاهره إذا كان كثيفاً؛ لأن إيصال الماء إلى الحوائل في الوضوء كاف؛ وإن لم تكن متصلة بالبدن اتصال خلقة؛ كالخف والعمامة والجبيرة؛ فالمتصل خلقة أولى[(٣)].

---

(١) المغني (١/ ٢٢٧) لابن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ).

(٢) **ابن عثيمين**: (ما استرسل من الشعر متجاوزاً لمحل الفرض لا يجب غسله في الجنابة ولا في الحدث الأصغر؛ لأنه في حكم المنفصل، هذا قول.
وهناك قول آخر في الجنابة: أنه يجب، ولكن تعبداً أن يغسل في الجنابة، والذين قالوا بوجوب غسله في الجنابة يمكن أن يعللوا بتعليل آخر، وهو أنه تابع للرأس؛ فوجب غسله.
أما مسألة الوضوء في الحدث الأصغر؛ فإنّ ما تجاوز محل الفرض لا يجب مسحه محل الفرض إلى نهاية منابت الشعر فما نزل فإنه لا يجب مسحه، وظاهر كلام المؤلف حتى في اللحية، وهذا خلاف المشهور، المعروف أن اللحية يجب غسلها، ويعللون ذلك بأنّ الوجه مأخوذ من المواجهة، ومسترسل اللحية تحصل به المواجهة، بخلاف الرأس؛ فإنّه مأخوذ من الترأس وهو العلو، وما استرسل من شعره ليس من ذلك، لا شك أن غسل ما استرسل من الشعر احتياطاً أفضل، وهو ظاهر المذهب، هذا في الجنابة، أما في الحدث الأصغر؛ فما استرسل من الشعر فلا يجب مسحه) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (الرأس إذا كان كثيفاً فإنه لا يجب إيصال الماء إلى ما تحته، لماذا؟ لأنه مستتر ما تحته، فإذا كان ما تحت الجبيرة والخف والعمامة لا يجب إيصال الماء إليه مع أن هذه الأشياء غير مستترات الخلقة فمن باب أولى أن لا يجب إيصال الماء إلى استتر بشيء موجود خلقة، وهكذا نقول في الشعر لا يجب إيصال الماء إلى ما تحته. إلا أن المشهور في المذهب أن في غسل الجنابة يجب إيصال الماء إلى ما تحته فيفرقون بين الحدث الأصغر والحدث الأكبر. ويقال -بزيادة تفصيل-: إن ما تحت الشعر باعتبار وصول الطهور إليه ينقسم ثلاثة أقسام:
الأول: في الجنابة، فيجب إيصال الماء إلى ما تحته خفيفاً كان أو كثيفاً.
الثاني: في طهارة التراب (التيمم) لا يجب إيصال التراب إلى ما تحته، سواء كان في الجنابة أو في الحدث الأصغر، خفيفاً كان أو كثيفاً.
الثالث: في الوضوء، فهنا فصّل الفقهاء فيه فقالوا: إن كان كثيفاً؛ لم يجب إيصال الماء إلى ما تحته، وإن كان خفيفاً؛ وجب إيصال الماء إلى ما تحته؛ فصار عندنا شيئان مطلقان، وواحد فيه التفصيل، المطلقان هما: غسل الجنابة: يجب إيصال الماء إلى ما تحته مطلقاً، والتيمم: لا يجب مطلقاً، أما إذا كان وضوء؛ ففيه تفصيل: إن كان خفيفاً؛ وجب الإيصال، وإن كان كثيفاً؛ لم يجب.
هذه هي قاعدة المذهب في الشَّعر بالنسبة إلى إيصال الماء إلى ما تحته أو إيصال الطهور) ا.هـ

ومنها: لو أضاف طلاقاً أو عتاقاً أو ظهاراً إلى الشعر أو الظفر؛ لم يثبت به الطلاق ولا العتاق ولا الظهار على الأصح[١].

ومنها: لو كان جيبه واسعا تُرى منه عورته في الصلاة، لكن له لحية كبيرة تستره؛ فالمذهب أنه يكفيه في الستر.

قال في «المغني»: «نص عليه»[٢]، مع أنه قرر في كتاب الحج: إن الستر بالمتصل كاليد ونحوها لا فدية فيه[٣].

وخالفه صاحب «شرح الهداية»[٤]، وقال: هو ستر في الموضعين.

وتردد فيه القاضي في «شرح المذهب»؛ فجزم تارة بأن الستر بالمتصل ليس بستر في الإحرام ولا في الصلاة، ثم ذكر نص أحمد ورجع إلى أنه ستر في الصلاة دون الإحرام؛ لأن القصد في ستر الصلاة تغييب لون البشرة، وفي الإحرام إنما يحرم الستر بما يستر به عادة[٥].

---

(١) ينظر: «الشرح الكبير مع الإنصاف» (٢٢/ ٣٤٥).

(٢) المغني (١/ ٣٤٠).

(٣) المغني (٣/ ١٥٣).

(٤) (الهداية) هو لأبي الخطاب الكَلْوَذاني، محفوظ بن أحمد البغدادي (ت٥١٠هـ). وهو مطبوع في مجلدين، له خمسة شروح:

أ. شرح الهداية لأبي حكيم إبراهيم بن دينار النهرواني الرزّاز (ت٥٥٦هـ).

ب. النهاية في شرح الهداية لأبي المعالي أسعد بن المنجا النهرواني (ت٦٠٦هـ).

جـ. شرح الهداية لأبي البقاء عبدالله بن الحسين العكبري الضرير (ت٦١٦هـ).

د. شرح الهداية لأبي عبدالله فخر الدين محمد بن الخضر بن تيمية (ت٦٢٢هـ).

هـ. منتهى الغاية لشرح الهداية، للمجد المجد ابن تيمية (ت٦٥٢هـ).

والراجح أنّ ابن رجب ينقل في كتابه هذا من الأخير فهو المقصود هنا، والله أعلم وكل هذه الكتب مفقودة ولم تطبع. كما أن الكتب الأربعة الأولى لم يتمها أصحابها أما كتاب المجد فقد بيض بعضه وبقي الباقي مسودة.

(٥) **ابن عثيمين**: (رجل له جيب واسع، وعليه قميص، فإذا ركع بدت عورته، ولكن له لحية كثيفة تستر هذه الفتحة من القميص؛ فهل يجزي؟

نعم يجزئ؛ وإن كانت متصلة به؛ لأنها في حكم المنفصل فهي كما لو وضع غترة، وفي الإحرام كذلك، مع أنه قرر في كتاب الحج أن الستر بالمتصل كاليد ونحوها لا تجزئ، ولكن أنا عندي أن مسألة اليد ليست كمسألة الشعر لأن اليد متصلة حقيقة وحكما، فمن غطى رأسه بيده وهو محرم؛ فليس عليه فدية مع أنه غطّى بملاصق، لماذا ليس عليه فدية؟ نقول: لأن اليد متصلة حقيقة وحكماً؛ فلا يشملها قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «لا تخمروا رأسه»، ولا يعد هذا تخميراً، ثم إن هذا خلاف ما يدل عليه اللفظ في العادة، ولذلك لو أن رجلا حمل متاعه على رأسه لا فدية عليه؛ لأن هذا لا يعد ستراً في العادة) ا.هـ

فأما إيجاب الفدية[١] به وضمانه من الصيد[٢] وتحريم نظره على الأجنبي؛ فلما يتعلق بجملة البدن من إزالة جماله وتأذي الصيد بترويعه وإثبات البدن عليه، وهو ممتنع، والافتتان بالمرأة، ولهذا لو انفصل شعر المرأة؛ جاز النظر إليه على ظاهر كلام أبي الخطاب في «الانتصار»، وحكى صاحب «التلخيص»[٣] فيه وجهين[٤].

---

(١) كذا في المطبوع و (ج)، وفي (أ) و(ب): «الدية»، وهو خطأ. «والمراد: إذا حلقه في الإحرام».

(٢) **ابن عثيمين:** (أي: نتف ريش الصيد؛ فهل يضمن؟
نعم يضمن؛ أي: نتف ريش صيد-والريش في حكم المنفصل-وهو محرم، فإن الصيد يروعه نتف ريشه، فكان كقتله؛ فيضمن لأجل ذلك لأنه لا يمكن أن يطير، ولهذا قال: «تأذى الصيد بترويعه وإثبات اليد عليه»؛ لأنه لا يستطيع أن يطير، فيمسك) ا.هـ

(٣) هناك عدّة مؤلفات في المذهب الحنبلي تحمل عنوان التلخيص فمنها: تلخيص ابن الجوزي (ت٥٩٧هـ)، وتلخيص روضة الناظر لابن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، والتلخيص في الفرائض لابن الزاغوني (ت٥٢٧هـ)، وتلخيص المطلب في تلخيص المذهب لفخر ابن تيمية (ت٦٢٢هـ)، وكتاب ابن قدامة في الأصول، وابن الزاغوني في الفرائض بقي إما كتاب ابن الجوزي أو الفخر ابن تيمية، والراجح أنّه للفخر ابن تيمية وإنه من المفقودات.

(٤) **ابن عثيمين:** (من هذا أيضاً شعر المرأة المنفصل، أما إذا كان متصلا بها؛ فهو يحرم النظر إليه؛ لأن النفس تتعلق بالمرأة نفسها، فلو فرض أن امرأة على كرسي هو لا يراها، ولكن شعرها قد نفشته على المسند الذي وراءها وهو يرى الشعر فقط؛ فهل يجوز النظر إليه أم لا يجوز؟ قلنا: لا يجوز.
يقول المؤلف: لا يجوز: لأنه متصل بالمرأة التي هي محل الشهوة، لكن لو أنّها قصّت شعرها وألقته في السوق، وجاء رجل يريد أن ينظر إلى هذا الشعر؛ يجوز أم لا؟ وهل يجوز ولو بشهوة؟
نفصل في هذا الأمر:
إذا كان شعر امرأة معينة؛ فإنه لا يجوز النظر إليه بشهوة لأنه يتذكرها وتتعلق نفسه بها.
أما إذا كان شعر امرأة غير معينة؛ فهذا يكون تعلّق الشهوة به كتعلق الشهوة بالمرأة مطلقاً، وكل إنسان تتعلق شهوته بالنساء عند تذكرهن؛ فهذا لا يؤثر شيئاً، هذا هو التفصيل في هذه المسألة.
والمؤلف ذكر فيها وجهين، والصواب أن نقول: إن هذين الوجهين يَتَنَزّلان على حالين: إن كان شعر امرأة معيَّنة يحرم النظر إليه شرعا، وإلا؛ فلا بأس) ا.هـ

القاعدة الثالثة

من وجبت عليه عبادة، فأتى بما لو اقتصر على ما دونه لأجزأه؛ هل يوصف الكل بالوجوب، أو قدر الإجزاء منه[١]؟

إن كانت الزيادة متميزة منفصلة؛ فلا إشكال في أنها نفل بانفرادها؛ كإخراج صاعين منفردين في الفطرة ونحوه[٢].

وأما إن لم تكن متميزة؛ ففيه وجهان مذكوران في أصول الفقه[٣]، وينبني عليها[٤] مسائل:

منها: إذا أدرك الإمام في الركوع بعد فوات قدر الإجزاء منه؛ هل يكون مدركا له في الفريضة؟

---

(١) **ابن عثيمين:** (وجبت عليه عبادة، فزاد فيها على الواجب، ولو قال المؤلف: فزاد على الواجب، لكان أوضح وأحسن، هو يقول: «فأتى بما لو اقتصر على ما دونه لأجزأه»، يعني: فأتى بزائد على الواجب؛ الزائد على الواجب هو ما لو اقتصر على ما دونه لأجزأه) ا.هـ

إذن؛ القاعدة نقول فيها: من وجبت عليه عبادة فزاد فيها على الواجب، فهل يكون كلّه واجباً، ويوصف الكل بالوجوب، أو نقول: إن الواجب هو الأصل الأول، قدر الواجب والباقي تطوع هذا هو محل القاعدة) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (لأن المؤلف رحمه الله يقول: «إذا كانت الزيادة منفردة؛ فلا شك أنها نفل بانفرادها، مثل إخراج صاعين منفردين في الفطرة، الفطرة صاع؛ فأخرج رجل عن فطرته صاعين، نقول: الواجب صاع، والصاع الثاني نفل.

رجل عليه عتق رقبة، فأعتق رقبتين عن ما عليه؛ نقول: الواجب واحدة، والثانية نفل قطعاً؛ لأنها متميزة.

رجل نذر أن يذبح أضحية شاة، فذبح عن نذره شاتين؛ نقول: واحدة واجبة، والثانية نفل» لا إشكال في هذا؛ لأن الزيادة منفردة.

أما إذا لم تكن الزيادة منفردة؛ يقول: فيها وجهان، واعلم أن الفقهاء الحنابلة إذا قالوا وجهين؛ يعني وجهين عند الأصحاب، وإذا قالوا روايتين؛ يعني عن الإمام أحمد، وإذا قالوا قولين؛ فإما أن يكون روايتين أو وجهين، وإذا قالوا احتمالين؛ فهما قولان لكن دون الوجهين، فالحاصل أن المؤلف يقول: فيها وجهان إذا كانت غير منفردة، وهنا يجب التنبيه على شيء: أنه إذا فعل ذلك قاصداً مثلاً أن الفطرة إخراج صاعين؛ فهذا بدعة؛ لأنه تغيير في الشرع، وأما إن قصد أنّ الأول هو الواجب والثاني يريد به التطوع؛ فهذا حسن، فيراعى هنا القصد، وينظر: هل العقيقة عن البنت بشاتين مثله؟

والآن في هذه السنين الأخيرة يفعلون هذا: يشتري كيساً من الأرز وهو يجزم جزماً مؤكّداً أنه أكثر مما عليه، ويتصدّق به؛ نقول: الواجب ما كان بقدر الأصواع، والزّائد نفل، وهذا ليس بمنفصل، ولكن الكمية واضحة) ا.هـ

(٣) ينظر: «شرح مختصر الروضة» (١/ ٢٨٠).

(٤) **ابن عثيمين:** (الصحيح: عليهما) ا.هـ

ظاهر كلام القاضي وابن عقيل تخريجها على الوجهين، إذا قلنا: لا يصح اقتداء المفترض بالمتنفل.

قال ابن عقيل[1]: ويحتمل أن تجري الزيادة مجرى الواجب في باب الاتباع، خاصة إذ الاتباع قد يسقط الواجب كما في المسبوق، ومصلّي الجمعة من امرأة وعبد ومسافر[2].

ومنها: إذا وجب عليه شاة، فذبح بُدنة؛ فهل كلّها واجبة أو سبعها؟ على وجهين[3].

ومنها: إذا أدى عن خمس من الإبل بعيراً، وقلنا يجزيه؛ فهل الواجب كله أو خمسه الواجب؟

حكى القاضي أبو يعلى الصغير فيه وجهان:

فعلى القول بأنه خمسة الواجب يجزئ عن عشرين بعيراً أيضاً.

---

(١) هو أبوالوفاء بن عقيل (ت٥١٣هـ).

(٢) **ابن عثيمين:** (قدر الإجزاء هو الطمأنينة، أقل الطمأنينة هذا قدر الأجزاء ونضيف إليها أن نقول على قول بعض العلماء: أن الواجب بالطمأنينة بقدر الذكر الواجب هو أن يطمئن بقدر قول سبحان ربي العظيم، فادركه المأموم بعد قوله: سبحان ربي العظيم (ثلاث مرات) -أي: بعد الواجب-، فادركه في الركوع على هذه الحالة، وسبّح معه؛ فهل يعد مدركاً للركوع؛ إذ قد أدركه في ركوع يعد نفلا؛ لأنّ ما زاد عن الواجب نفل، إنْ شاء رفع وقال: سمع الله لمن حمده، فإذا أدركه في ركوع يعتبر نفلا، وائتمام المفترض بالمتنفل على قاعدتهم لا يصح، وعلى هذا لا يكون مدركاً للركوع، ولكن الصواب في هذه المسألة أنّ ائتمام المفترض بالمتنفل جائز؛ فعلى هذا يكون مدركاً للركوع على كل تقدير.
ثم الصواب أيضاً في أصل المسألة: أنّ الزيادة في الركوع زيادة لا تتميز، وإذا كانت لا تتميز؛ فالكل في حكم الواجب، وعلى هذا إذا أدركه في آخر ركوع يكون مدركاً للركوع حتى على القول بأنه لا يصح ائتمام المفترض بالمتنفل؛ لأنّ الصحيح أنّ الركوع هيئة واحدة لا ينفصل بعضها عن بعض) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (هذا أيضاً على هذا النوع، ذبح بعيراً، والواجب عليه شاة؛ هل تكون كلّها واجبة بمعنى أنه يلزمه أن يتصدق بها كلها، أو نقول: الواجب السبع، وما زاد فهو له؟
ينبني على وجهين:
الزيادة الآن متميزة أم غير متميزة؟ غير متميزة؛ لأنّ كل عضو منها سبعاً واجباً، وستة أسباع غير واجبة، وهذا غير متميز.
يقول المؤلف: فيها وجهان:
وجه يقول: إنها تكون كلّها واجبة؛ فيلزمه أن يتصدق بها كلّها.
ووجه آخر يقول: إن الواجب السُبعُ فقط، وما زاد؛ فهو نفل.
والمذهب أنها تكون كلها واجبة، وأنه لا يجوز أن يبيع ما زاد على السبع، ولا يجوز أن يهبه إلا على سبيل الهدية، نعم، الهدية لا بأس بها، أما المعاوضة؛ فلا يجوز) ا.هـ

وعلى الآخر لا يجزئ عن العشرين؛ إلا أربعة أبعرة[(١)(٢)].

ومنها: إذا مسح رأسه كله دفعة واحدة، وقلنا: الفرض منه قدر الناصية؛ فهل الكل فرض أو قدر الناصية منه[(٣)]؟

ومنها: إذا أخرج في الزكاة سنّاً أعلا من الواجب؛ فهل كله فرض أو بعضه تطوع؟

قال أبو الخطاب: كلّه فرض[(٤)]. وقال القاضي: بعضه تطوع. وهو الصواب[(٥)]؛ لأن الشارع أعطاه جبراناً عن الزيادة.

فأما ما كان الأصل فرضيته ووجوبه، ثم سقط بعضه تخفيفا، فإذا فعل الأصل؛ وُصِفَ الكل بالوجوب على الصحيح.

---

(١) «الكافي» (١/ ٤٦٩).

(٢) **ابن عثيمين:** (الخمس من الإبل فيها شاة، وهو أدى بعيراً، والبعير يجزئ عن خمس وعشرين.
وقوله: «وقلنا يجزئه» فيه إشارة إلا أن البعير لا يجزئ عن خمس من الإبل، ولا البعيران عن عشرة من الإبل، ولا الثلاثة عن خمس عشرة من الإبل، ولا الأربعة عن عشرين من الإبل، وهذه المسألة كما قال المؤلف: فيها خلاف.
فمنهم من يقول: إن الشارع أوجب في كل خمس من الإبل شاة إلى الخمس والعشرين، فإذا أخرجت بعيراً؛ فقد أخرجت من غير جنس الواجب؛ فلا يجزئ وهذا تعليل واضح جداً.
وقال بعض العلماء: بل يجزئ؛ لأن الشارع إنما أوجب فيما دون الخمس والعشرين غنما رفقاً بالمالك، فإذا أراد المالك أن يزيد نفسه خيراً، وأخرج عن الإبل التي دون الخمس والعشرين؛ أخرج عنها من الإبل؛ فقد رجع إلى الأصل؛ لأن الأصل في المال أن تجب زكاته من جنسه، والأرجح أنها تجزئ؛ لأن الشارع لا يمكن أن يقول: الشاة تجزئ والبعير لا يجزئ؛ هذا بعيد من الشرع) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (هذه المسألة فيها نظر؛ لأن كونه يمسح دفعة واحدة هذا غير ممكن؛ لأنه يبدأ بالمسح من الناصية إلى الخلف، فإذا قلنا: الواجب قدر الناصية؛ فمعناه إذا انتهت الناصية تميز الواجب عن غيره، ولكن لعلّه أراد بالدفعة الواحدة أنه وضع يديه على رأسه كاملاً، الآن كيف لا يكون دفعة واحدة؟ مثل مسح الناصية ثم فصل يديه ثم بعد ذلك مسح القفا، الآن يعتبر المسح مسحتين) ا.هـ

(٤) «الهداية» (١/ ٦٥).

(٥) **ابن عثيمين:** (إذا أخرج أكثر من الواجب كأن في خمس وعشرين من الإبل بنت مخاض يكون وجبت عليه بنت مخاض فأخرج عنها بنت لبون؛ فهل نقول: الزائد من السن تطوع أو كلّه فرض؟
فيه خلاف مبني على القاعدة؛ لأنّ الواجب هنا لم يتميز،لكن صحح ابن رجب أن ما زاد على سن الفرض؛ فهو تطوع، واستدل لذلك بمسألة الجبران، وهي أنه إذا كان عنده سن أقل من الواجب دفعه، ودفع معه شاتين أو عشرين درهماً، وإنْ كان عنده سن أعلى من الواجب؛ دفعه وأخذ جبراناً، قال: فهذا دليل على أن ما زاد تطوع لأنه أعطي بدله جبران.
ولكن قد يعارض ابن رجب في هذا التصحيح بأن نقول في مسألة الجبران: لم يرض الدافع أن يدفع ما زاد، فأعطي مقابلاً له، والكلام على أنه رضي أن يدفع الزائد، فأنت مثلاً دفعت بنت لبون عن بنت مخاض فما هو إلا زيادة في السن فقط أما نفس البعير أو البقرة فهي هي.
أما مسألة الجبران فإن التصحيح بناء على الجبران فيه نظر، ووجهه ذلك أن في الجبران لم يرغب أن يدفع هذه الزيادة) ا.هـ

فمن ذلك: إذا صلى المسافر أربعاً؛ فإن الكل فرض في حقه.

وعن أبي بكر: أن الركعتين الأخيرتين تنفل لا يصح اقتداء المفترض به فيهما، وهو متمش على أصله، وهو عدم اعتبار نية القصر.

والمذهب الأول[١]، ومنه إذا كفّر الواطئ في الحيض بدينار؛ فإنّ الكل واجب؛ وإنْ كان له الاقتصار على نصفه. ذكره في «المغني»[٢].

ويتخرج فيه وجه من قول أبي بكر، فأما إن غسل رأسه بدلا عن مسحه، وقلنا بالإجزاء؛ ففي السائل منه وجهان:

أحدهما: أنه مستعمل في رفع حدث؛ لأنّ الأصل هو الغسل، وإنما سقط تخفيفاً.

والثاني وهو الصحيح: أنّه طهور؛ لأنّ الغسل مكروه؛ فلا يكون واجباً، وقد يقال: والإتمام في السفر مكروه أيضاً[٣].

---

(١) **ابن عثيمين**: (ينبني على هذا ما لو جاء رجل، ووجد شخصا مسافراً يصلّي ويتم، وأدركه في الركعتين الأخيرتين؛ وقلنا أن صلاة المفترض لا تصح خلف المتنفل فإذا قلنا أن ما زاد على الركعتين نفل فإنّه لا تصح صلاته بناء على أن الزائد نفل، ولا تصح صلاة المفترض وراء المتنفل في المذهب.
والصحيح -كما علمنا فيما سبق-: أن إمامة المتنفل بالمفترض جائزة) ا.هـ

(٢) «المغني» (١/ ٣٥١).

(٣) **ابن عثيمين**: (إن الإنسان إذا أتى بالواجب وزاد عليه؛ فله حالتان:
الحالة الأولى: أن تكون الزيادة متميزة .
والحالة الثانية: أن تكون الزيادة غير متميزة.
فإذا كانت الزيادة متميزة؛ فالزيادة نفل بلا شك، مثل أن يخرج الفطرة صاعين منفردين؛ فهنا يقال: الواجب هو الأول، والثاني نفل، ولا يمكن أن يكون واجباً.
ونقف عند هذه النقطة: هل يشرع للإنسان أن يخرج في الفطرة صاعين؟
لا، غير مشروع، لكن هذا للتمثيل، ويكون الصاع لا يؤخذ باسم الفطرة، يؤخذ على أنه تطوع؛ لأنّ الشيء المحدد شرعاً تكون الزيادة عليه باعتباره مشروعاً لهذا بعينه تعتبر من البدعة، كما لو أراد الإنسان أن يزيد في أذكار الصلوات ثلاثة وثلاثين أراد أن يجعلها خمسة وثلاثين؛ نقول له: إذا كنت تريد بهذا الزائد أن يكون مما شرع دبر الصلاة؛ فهذا بدعة، لا تؤجر عليه، أما إذا أردت أن يكون ذلك على سبيل التطوع المطلق؛ فلا حرج عليك، لكن مع هذا لا ينبغي لك أن تقرنه بالذكر المشهور أمام الناس؛ لئلا يظنوه مشروعاً.
خلاصة القاعدة عندنا: إن من زاد على ما يجب عليه في العبادة،فإذا كانت الزيادة منفردة؛ فهي نفل بلا إشكال، وإن لم تكن منفردة؛ فهل يكون كله واجباً، أو الواجب هو مقدار الواجب، وما زاد ذلك فهو نفل؟
ذكر المؤلف في ذلك قولين للأصحاب، واستثني من ذلك ما إذا كان الأصل الزيادة، ولكنه نُقص تخفيفاً على المكلف؛ فإنه إذا أتى بالأصل يكون الكل واجباً، وكأنه يريد أن يكون ذلك وجه واحد، ولكن مع هذا ذكر الخلاف، وكذلك إذا كان الواجب عليه هدي وذبح بعيراً؛ فهل كله واجب أم لا؟ الصحيح أن كلّه واجب؛ إلا إذا نوى أن الواجب سُبعه فقط؛ فهو على نيته) ا.هـ

القاعدة الرابعة[(١)]

العبادات كلها سواء كانت بدنية، أو مالية أو مركبة منهما لا يجوز تقديمه على سبب وجوبهما، ويجوز تقديمه بعد سبب الوجوب وقبل الوجوب، أو قبل شرط الوجوب[(٢)].

---

(١) **عبّر العلامة السعدي عن هذه القاعدة:** (لا يجوز تقديم العبادة على سبب الوجوب، ويجوز تقديمها بعدَ وجودِ السبب وقبلَ شرْطِ الوجوب وتحققِه).
وذلك أن الله جعل للعبادات أوقاتاً تجب بوجودها وتكرَّرُ بتكرارها. كأوقات الصلوات الخمس، ورمضان، وأوقات الحج. فلو فُعلت هذه قبل دخول وقتها لم تصح. ومن حَلَف جاز له أن يقدم الكفارة قبل الحِنْث، ولا يجوز تقديمها قبلَ الحَلِف، وكذلك النذر) ا.هـ
وعلّق ابن عثيمين على كلام شيخه السعدي: (هذه القاعدة مفادها أنه يجوز تقديم الشيء على شرطه لا على سببه؛ لأن السبب -كما قال العلماء- هو الذي يثبت بوجوده الوجود وبعدمه العدم. فلو أن إنساناً قدم الصلاة على وقتها فصلاته باطلة، لماذا؟ لأنه قدمها على سببها. وهي لا تجب إلا بوجود السبب. ولو أن رجلاً نوى أن يحلف على شيء ثم قدم الكفارة على اليمين ما فائدته بهذا؟ يقول: قدمت الكفارة على اليمين من أجل أن أذكر أني غَرِمْتُ وهذا الغرم يلزمني بالحلف. ما في شيء. لكن قال: أريد أن أقدم كفارة هذا اليمين قبل الحلف من أجل أن يحمله على اليمين. ففعل ثم حلف ألا يكلمه ثم كلمه ما تقولون في هذا يلزمه الكفارة أم ماذا؟ نعم يلزمه، لماذا؟ لأنّ الكفارة الأولى قدمها على السبب.
حَلَفَ الا يكلم فلاناً ثم بدا له أن يكلمه فَكَفَّر قبل أن يكلمه. فما الحكم؟ يصح؛ لأنه اتى به بعد وجود السبب. لكن قبل وجود شرط الوجوب؛ لأن شرط الوجوب الحنث. وقد أشار الله لهذا في قوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ۝ قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡۚ﴾ [التحريم:١-٢]، إذاً نسمي الكفارة قبل الحنث تحلّة؛ لأنه حل به القسم. وبعد الحنث نسميها كفارة. فصار تقديم كفارة اليمين قبل اليمين لا تجزئ. بعد اليمين وقبل الحنث جائزة وتجزئ. بعد اليمين والحنث جائزة أيضاً) ا.هـ.

(٢) **ابن عثيمين:** (معنى هذه القاعدة: إن العبادات لها أسباب وشروط؛ فهل يجوز أن تقدم العبادات على أسبابها؟
الجواب: لا؛ لأنّ السبب هو الموجب، ولهذا كان تعريفه: هو الذي يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم؛ فتقديم العبادة قبل وجود سببها لا يصح، منها: لو صلّى الصلاة قبل وقتها لا تصح إلا إذا كان من باب الجمع، ولو قدّم الزكاة قبل أنْ يتم النصاب لم يصح؛ لأن السبب في وجوب الزكاة ملك النصاب، ولكن تقديم العبادة قبل شرط الوجوب جائز.
مثل: يشترط لصحة الصلاة الوضوء؛ فله أن يقدم الوضوء على إرادة الصلاة، السبب لأنه قدمه قبل شرط الوجوب بعد وجود السبب وهو الحدث، مع أن الوضوء لا يجب إلا بعد إرادة الصلاة. ورجل أخرج كفارة اليمين قبل أن يحلف، قال: أنا أحلف أن لا أكلم فلاناً، لكن أريد أن أخرج كفارة اليمين حتى إذا حنثت أكون قد كفرت؛ لم يجز لأن سبب وجوب الكفارة الحلف، ولو أنه حلف أن لا يكلم فلانا، قال: أخرج الكفارة قبل أن أكلمه؛ جاز؛ وجد السبب -سبب الكفارة هو اليمين وجد- لكن شرط وجوب الكفارة لا يكون إلا بعد الحنث، وكذلك تقديم الزكاة قبل النصاب فغير جائز، ولكن قبل حلول الحول فجائز.
فأصبحت القاعدة تقديم العبادة قبل وجود سببها لا يصح وتقديمها بعد وجود السبب وقبل وجود الشرط يصح) ا.هـ

ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة:

منها: الطهارة سبب وجوبها الحدث، وشرط الوجوب فعل العبادة المشترط لها الطهارة؛ فيجوز تقديمها على العبادة ولو بالزمن الطويل بعد الحدث.

ومنها: الصلاة؛ فيجوز تقديم صلاة العصر إلى وقت الظهر، والعشاء إلى وقت المغرب؛ لأن الشارع جعل الزوال سبباً لوجوب الصلاتين عند العذر دون عدمه، ولهذا لو أدرك جزءاً من وقت الزوال، ثم طرأ عليه عذر؛ لزمه قضاء الصلاتين على إحدى الروايتين، ولو زال العذر في آخر وقت العصر؛ لزمه الصلاتان بلا خلاف عندنا؛ فعلم أن الوقتين قد صارا في حال العذر كالوقت الواحد؛ لكنه وقت جواز بالنسبة إلى إحداهما ووجوب بالنسبة إلى الأخرى[1].

ومنها: صلاة الجمعة؛ فإن سببها اليوم؛ لأنها تضاف إليه، فيجوز فعلها بعد زوال وقت النهى من أول اليوم؛ وإن كان الزوال هو وقت الوجوب[2].

(١) **ابن عثيمين**: (لا يجوز تقديم صلاة العصر إلى وقت الظهر إلا بسبب شرعي، وكذلك تقديم صلاة العشاء إلى وقت المغرب، هذا مقيّد، وقول المؤلف رحمه الله : «لأن الشارع جعل الزوال سببا لوجوب الصلاتين عند العذر» فيه نظر؛ فإن الزوال سبب لوجوب صلاة الظهر فقط، لا لوجوب صلاة العصر، ولذلك لو طرأ للإنسان مانع بعد زوال الشمس، كالمرأة أتاها الحيض بعد أن زالت الشمس، فإذا تقضي إذا طهرت صلاة الظهر فقط، حتى على المذهب، لكن في رواية ثانية أنها تقضي الظهر والعصر، والصواب أنها لا تقضي إلا الظهر، وهذا هو المذهب؛ فهذا الفرع فيه نظر، ولذلك الصواب أنه لا يجوز تقديم صلاة العصر إلى وقت الظهر إلا لعذر، وإذا كان لعذر؛ فإنه من باب الرخصة، وليس من باب الجواز المطلق، وفرق ما بين الجواز مطلقا والرخصة.

وقوله أيضا: «وإذا زال العذر قبل أن تغرب الشمس بركعة»، نقول: امرأة طهرت قبل أن تغرب الشمس بركعة؛ يجب عليها صلاة العصر؛ فهل يجب عليها الظهر؟

هذا شيء فيه خلاف، لكن يقول المؤلف: إنّه بلا خلاف عندنا -أي: في مذهب الحنابلة-، ولعل الخلاف حصل بعد المؤلف، والصحيح أنه لا يجب عليها إلا صلاة العصر فقط، لقول الرسول ﷺ: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس؛ فقد أدرك العصر»، ولم يقل: والظهر.

وإذا كان الوقتان وقت واحد عند وجود العذر؛ كالمطر والمرض والسفر؛ فليس معناه أنه كلّما حصل سبب الوجوب لإحداهما وجبت الأخرى) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (وقت صلاة الجمعة، جمهور أهل العلم يرون أنها لا تفعل إلا بعد الزوال، وأن وقتها كوقت الظهر، ولكن تقدم أن الصحيح خلاف ذلك، ومذهب الإمام أحمد أن وقتها يبدأ من انتهاء وقت النهي، المؤلف بنى على هذا، قال: لأنها تسمى صلاة يوم الجمعة، ولا تفعل في وقت النهي، لأنّه وقت نهي، فعلى هذا لو قدمها من بعد خروج وقت النهي (يعني: بعد الساعة ما تقيد قدر رمح)؛ فإنه يجوز، ولكن وقت الوجوب بعد الزوال، وهذا مما يخالف المذهب ولكن المذهب أن وقت الوجوب والجواز هو هذا (أعني: ارتفاع الشمس قدر رمح)، وعلى هذا لو أدركت المرأة مقدار ركعة من هذا الوقت، ثم حاضت؛ وجبت في حقها القضاء وتقضيها ظهراً) ا.هـ

ومنها: زكاة المال يجوز تقديمها من أول الحول بعد كمال النصاب[(١)].

ومنها: كفارات الإحرام إذا احتيج إليها للعذر، فإن العذر سببها؛ فيجوز تقديمها بعد العذر وقبل فعل المحظور[(٢)].

ومنها: صيام التمتع والقران؛ فإن سببه العمرة السابقة للحج في أشهره، فبالشروع في إحرام العمرة قد وجب السبب؛ فيجوز الصيام بعده؛ وإن كان وجوبه متأخراً عن ذلك.

وأما الهدي؛ فقد التزمه أبو الخطاب في «انتصاره»، ولنا رواية: أنه يجوز ذبحه لمن دخل قبل العشر؛ لمشقة حفظه عليه إلى يوم النحر، وعلى المشهور لا يجوز في غير أيام النحر؛ لأنّ الشرع خصها بالذبح[(٣)].

---

(١) «المغني» (٤/ ٨٠).

(٢) **ابن عثيمين**: (مثلاً: إنسان مريض وهو محرم محتاج إلى حلق الرأس؛ فقدم الفدية قبل أن يحلق رأسه؛ فجائز، وإذا حلق رأسه وجبت الفدية وفي هذا يجوز أن تقدم الفدية قبل الوجوب ولكن بعد السبب فهذه القاعدة مضطردة على إنه إذا وجد سبب وجوب العبادة فقدمها بعد وجود السبب فهي صحيحة وإن لم يجب شرط الوجود وأما إذا لم يجد السبب فلا تصح وإن كان وقت وجوبها يكون بعد الحلق، وإن قدمها قبل مرضه؛ فغير جائز لأنه فعلها قبل سببها) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (المتمتع بالعمرة إلى الحج يجب عليه الهدي، فإن لم يجد؛ فصيام ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجع، وهذا رجل أحرم بالعمرة متمتعا بها إلى الحج، فوُجِد سبب الوجوب، وهو البداءة بالعمرة متمتعاً بها إلى الحج؛ فهل يجوز أن يذبح الهدي الآن لوجود سبب الوجوب؟

أبو الخطاب التزمه بناءً على القاعدة، وهناك رواية عن أحمد لمن قدم بهديه قبل دخول ذي الحجة: أنه يجوز له أن يذبح هديه لعلة المشقة في مراعاة الهدي إلى يوم العيد. هذا قول ثان غير قول أبي الخطاب. المذهب هو قول ثالث أنه لا يجوز الهدي إلا يوم العيد مطلقاً حتى لو قدم به في شوال. هذا بالنِّسبة للهدي، بالنسبة للصوم فهل يجوز أن يصوم من يوم يحرم بالعمرة أم لا يجوز؟ يقول المصنف: يجوز بناء على القاعدة، وهي قيام السبب، وقبل شرط الوجوب، والتفريق بينه وبين الهدي: أن الشارع جعل للهدي وقتاً محدداً لا يجوز تقديمه عليه، ولم يجعل للصيام وقتاً لأنه في الحج.

ومذهب الشافعي: جواز ذبح الهدي قبل الخروج إلى منى، والصحيح عدم الجواز قبل يوم النحر؛ لأن النبي ﷺ لم ينحر إلا يوم النحر، والصحيح أن سبب الوجوب هو التحلل وليس الإحرام.

والخلاصة: أنه لو كان جائز لفعله النبي ﷺ ليتحلل، ولكنه قال: «فلا أحل حتى أنحر»، وبقي إلى يوم النحر.

على أن المعني أنه من تمتع بالتحلل، أي: بما أحل الله له من محذورات الإحرام إلى الحج، هذا هو معنى الآية، ومن أجل هذه العلة ذهب بعض أهل العلم إلى أن القارن ليس عليه هدي، قالوا: لأنّ القارن ما تمتّع بالعمرة، وهو لا يحل إلا يوم النحر، ولكن جمهور أهل العلم -ومنهم الأئمة الأربعة- على أن القارن عليه هدي، وعللوا ذلك بأنه أسقط أحد السفرين، حيث جمع بين الحج والعمرة، ولو لم يجمع، لكان يلزمه سفر للعمرة، وسفر للحج، فيرون أن مناط الحكم هو سقوط أحد السفرين، وهذه العلة قد تناقش؛ فإنهم يقولون: لو أنه أحرم بالحج مفرداً، ثم أتى بالعمرة بعد ذلك؛ فليس عليه هدي؛ وإنْ كان قد سقط عنه أحدُ السفرين؛ فهذه العلّة فيها نضر من وجهين:

١. أنها منقوضة بالمفرد؛ فإنه لا يلزمه الهدي إن أتى بالعمرة بعد الحج، وهي كذلك فيها.

٢. خلاف ظاهر القرآن؛ لأن الله قد أوجب الهدي على المتمتع.

ولكن لا شك أن قول الجمهور أحوط، ويشهد له فعل النبي ﷺ بسوقه للهدي) ا.هـ

ومنها: كفارة اليمين يجوز تقديمها على الحنث بعد عقد اليمين؛ مالية كانت أو بدنية[١].

ومنها: إخراج كفارة القتل أو الصيد بعد الجرح وقبل الزهوق.

ومنها: النذر المطلق، نحو: إنْ شفى الله مريضي؛ فلله عليَّ أن أتصدق بكذا؛ فله أن يتصدق في الحال. ذكره ابن عقيل في «فنونه»[٢].

ويلتحق بهذه القاعدة ما يجوز تقديمه على شرط وجوبه بعد وجود سببه من غير العبادات؛ كالإبراء من الدية بين الجناية والموت[٣]، وأما من القصاص[٤]؛ ففيه روايتان؛ وكتوفية المضمون عنه للضامن الدين بين الضمان والأداء، وفيه وجهان، وكعفو الشفيع من الشفعة قبل البيع، وفيه روايتان؛ فإن سبب الشفعة الملك وشرطها البيع، وأما إسقاط الورثة حقهم من وصية الموروث في مرضه؛ فالمنصوص عن أحمد أنه لا يصح، وشبهه في موضع بالعفو عن الشفعة؛ فخرجه الشيخ مجد الدين في « تعليقه على الهداية » على روايتين، وكإيتاء المُكاتب رُبع الكتابة بعد عقدها وقبل كمال الأداء، وهو جائز[٥].

---

(١) «التنقيح المشبع» (٣٩٤).

(٢) كتاب الفنون لأبي الوفاء بن عقيل كتاب كبير جداً، يكاد أن يكون أكبر كتاب في الإسلام جمع بـه ابـن عقيـل جميـع الفنون الشرعية والأدبية والمناظرات، طبع منه جورج مقدسي مجلدات عن قطعة وحيدة من مخطوطة في باريس.
وقال الشيخ بكر أبوزيد حفظه الله في «المدخل المفصل» (٢/ ٨٩٣): (واخبرني من رأي جزءاً منـه في بلـدة (شقـراء) قاعدة الوشم من إقليم نجد، ثم فقد، فلله الأمر من قبل ومن بعد).

(٣) **ابن عثيمين**: (سبب الوجوب: الجناية، وشرط وجوب الدية: الموت) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين**: (اي: هل له أن يقول: لا قود عليك إن مت؟) ا.هـ

(٥) **ابن عثيمين**: (خلاصة ما سبق: إن الشيء بعد وجود سببه وقبل وجـود شرطـه جـائز، أمـا قبـل وجـود السـبب؛ فليست بجائزة، وأما بعد وجوب الشرط؛ فهو جائزة من باب أولى، بل تجب إذا كان الأمـر واجبـاً، فرجـل قـال: أنـا اريد أن أحلف الا ادخل على دار فلان، وأكفر الآن قبل أن احلـف؛ فـلا يجـوز؛ لأنـه مـا حلـف بعـد، ومـا وجـد السبب، فإن حلف ولم يدخل ثم قال: أكفر؛ جاز؛ لأن السبب موجود، والشرط ما وجد بعـد، إذا دخـل يجـوز مـن باب أولى، بل يجب عليه) ا.هـ

القاعدة الخامسة

من عجل عبادة قبل وقت الوجوب، ثم جاء وقت الوجوب وقد تغير الحال بحيث لو فعل المعجل في وقت الوجوب لم يجزئه؛ فهل تجزئه أم لا؟

هذا على قسمين:

أحدهما: أن يتبيّن الخلل في نفس العبادة بأن يظهر وقت الوجوب أن الواجب غير المعجّل، ولذلك صور:

منها: إذا كفّر بالصوم قبل الحنث، ثم حنث وهو موسر؟

قال صاحب «المغني»[1] لا يجزئه؛ لأنّا تبينا أن الواجب غير ما أتى به، وإطلاق الأكثرين مخالف لذلك[2]؛ لأنه كان فرضه في الظاهر، فبرئ به، وانحلّت يمينه، بمعنى أنها لم تبق منعقدة بالتكفير،

---

(١) المغني (١٣/ ٤٥٠).

(٢) **ابن عثيمين:** (إذا فعل الإنسان العبادة قبل أن تجب عليه، ثم تغيرت حال هذا الرجل؛ بحيث لو فعل ما عجله وقت الوجوب؛ لم يجزئه؛ فهل يقوم بالإجزاء أو لا؟

يقول: هذا على قسمين:

القسم الأول: أن يتبين الخلل في نفس العبادة.

والقسم الثاني: أن يتبين الخلل في جهة أخرى.

مثال ذلك فيما لو تبيّن في نفس العبادة: رجل حلف أن لا يدخل بيت فلان، ثم ندم وأراد أن يكفّر عن يمينه، وما كان يستطيع الإطعام؛ فشرع في الصيام، فأكمل الصيام، ولما كان وقت الحنث؛ كان قد ورث من قريبه المتوفى، فتغير حاله من الإعسار إلى الإيسار، ثم دخل بيت فلان، فهل نقول: أن عليه أن يكفر بالمال لأنه الآن موسر أو نقول لا يجب عليه لأنه كفر عن يمينه بالصيام؟ ما هو شرط الوجوب الحنث أو اليمين؟ شرط الوجوب الحنث وسبب الوجود اليمين فنقول أنه لا يجزئ عليه الحنث بالماء لأنه أصبح موسراً.

قال صاحب «المغني»: «إنه لا يجزئه؛ لأنه في وقت الوجوب ليس من أهل الصيام، بل من أهل الإطعام أو العتق»، وقال الأكثرون: إنه يجزئه الصيام؛ لأنه بالصيام قد انحلّت اليمين، فإذا انحلّت اليمين؛ فحين ذلك صادف الحنث شخصاً برئ الذمة، وهذا القول هو الصحيح، لأن الله سبحانه وتعالى سمى ذلك تحلة؛ فقال: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [التحريم:٢]، فإذا كان هذا تحلّة؛ فإنه يصادف الحنث شخصاً بريئاً ما عليه كفارة؛ لأنه قد حل بالتكفير السابق.

كذلك النية، نية الحنث، لو قال: أنا الآن حلفت وأنا أريد أن أفتكّ من هذا اليمين حتى أصير حراً، رحت أو لم ترح؛ نقول: كفّر الآن ولا حرج عليك، انحل اليمين نهائياً.

لو اغتنى في أثناء صيامه؛ فهل عليه إثم؟

لا، ما عليه صيام؛ لأنه يصادف آخر صيامه، وهو ليس أهلا لذلك) ا.هـ

فصادف فعل المحلوف عليه ذمة بريئة من الواجب؛ فلم يحصل به الحنث؛ لأنّ الكفارة حلته.

وقد صرّح أبو بكر عبد العزيز[١] بأنّ الكفّارة قبل الفعل تحل اليمين المنعقدة وبعده تكفّر أثر المخالفة.

ومنها: إذا كفّر المتمتع بالصوم، ثم قدر على الهدي وقت وجوبه؟

فصرّح ابن الزاغوني في «الإقناع»[٢] بأنه لا يجزئه الصوم، وإطلاق الأكثرين يخالفه، بل وفي كلام بعضهم تصريح به، وربما أشعر كلام أحمد بذلك؛ لأن صومه صح؛ فبرئت ذمته به، فصادف وقت وجوب الهدي ذمة بريئة من عهدة الواجب.

ومنها: إذا عجل عن أربع وعشرين من الإبل أربع شياه، ثم نتجت واحدة قبل الحول؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجزئه، ويجب عليه إخراج بنت مخاض.

والثاني: يجزئه عن العشرين، ويخرج عن الباقي خُمس بنت مخاض.

ولا يقال: إنه يجب عليه شاة عن الخمس الزائدة التي لم يؤد عنها[٣]؛ لئلا يفضي إلى إيجاب خمس شياه عن خمس وعشرين.

ومنها: إذا صلّى الصبي في أول الوقت، ثم بلغ؛ ففي وجوب الإعادة وجهان: المنصوص أنه يجب، واختار القاضي في «شرح المذهب» خلافه؛ لأنّه فعل المأمور به في أول الوقت، فصادفه وقت الوجوب وقد فعل المأمور؛ فامتنع تعلّق الوجوب به لذلك، وهذا بخلاف ما إذا حَجّ ثم بلغ؛ فإن حجّه ليس بمأمور به ولا معاقب على تركه؛ بخلاف الصلاة[٤][٥].

---

(١) هو عبدالعزيز بن جعفر المعروف بغلام الخلال (ت٣٦٣هـ) وله مجموعة كتب في الفقه الحنبلي منها: الشافي، التنبيه، المقنع، زاد المسافر، الخلاف مع الشافعي وغيرها.

(٢) الإقناع لابن الزاغوني (ت٥٢٧هـ).

(٣) **ابن عثيمين**: (يدفع عنهم قيمة نقدية عن مقدار الخُمس) ا.هـ

(٤) ينظر: شرح العمدة (الصلاة) (٤٩).

(٥) **ابن عثيمين**: (الصلاة التي يعاقب على تركها الصغير الذي لم يبلغ ليس من جهة الله، ولكن من جهة وليه، «واضربوهم عليها لعشر»، أما الحج؛ فلا يعاقب على ذلك، والصحيح القول الثاني: وهو أن الصبي إذا صلّى ثم بلغ لا تجب عليه الإعادة لأنه فعل ما أمر به، فبرئت ذمته منه) ا.هـ

والقسم الثاني: أن يتبين الخلل في شرط العبادة المعجّلة؛ فالصحيح أنه يجزئه، ويتفرع عليه مسائل:

منها: إذا عجل الزكاة إلى فقير مسلم، فحال الحول وقد مات أو ارتد أو استغنى من غيرها[١].

ومنها: إذا جمع بين الصلاتين في وقت أولاهما بتيمم ثم دخل وقت الثانية وهو واجد للماء[٢].

ومنها: إذا قصر الصلاتين في السفر في وقت أولاهما ثم قدم قبل دخول وقت الثانية[٣].

---

(١) **ابن عثيمين**: (يجزئه؛ لأنّ الخلل هنا في شرط العبادة المعجّلة؛ يعني ما يدخل في العبادة نفسها إذ شرط الزكاة أن تصادف محلا، وهذا الرجل عجّل الزكاة فتصدق على شخص مسلم فقير، وعند تمام الحول وإذا هذا الذي أخذ الزكاة صار غنيّاً، يجزئه أم لا؟

يجزئه لأنّ العبادة نفسها ما صار فيها خللاً، والخلل في شرطها، أي في الموضع الذي جعلت فيه) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (يعيد أم لا؟ لا، ما يعيد؛ لأن العبادة وقعت في محلها؛ لأنه يجوز له الجمع، على وجه مامور به ؛ فلا يضر إذا تغيرت حاله بعد ذلك) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (وصل إلى البلد قبل دخول العصر، يلزمه أن يصلي العصر أم لا؟

الجواب: ما يلزمه؛ لأنّه برئت ذمته، ولكن هنا السؤال: هل يقال: إن له أن يجمع وهو يعلم أنه سيدخل البلد قبل العصر؟ نقول: له ذلك، ولكنّ الأفضل أن لا يجمع ما دام يعرف أنه سيصل قبل دخول وقت الثانية، إنما لو جمع؛ فلا حرج عليه؛ لأنّه ما زال في سفر، ومثل ذلك لو علم أنه يقدم في آخر الوقت وأراد أن يصلّي ويقصر؛ نقول: لا حرج عليه) ا.هـ

القاعدة السادسة

إذا فعل عبادة في وقت وجوبها يظن أنها الواجبة عليه، ثم تبيَّن بآخرة أن الواجب كان غيره؛ فإنه يجزئه.

ولذلك صور:

ومنها: إذا أحج المعضوب عن نفسه، ثم برئ؛ فإنه يجزئه على المذهب؛ لأنه فعل الواجب عليه في وقته، لا سيما إن قيل: إن ذلك عليه على الفور[1].

ومنها: إذا كفَّر العاجز عن الصيام بالإطعام للإياس من برئه، ثم عوفي؛ فإنه لا يلزمه قضاء الصوم.

ومنها: إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه؛ فإنّها تعتدّ عندنا سنة، فإذا اعتدّت سنة، ثم رأت الحيض؛ لم يلزمها الاعتداد به.

ومنها: إذا صلّى الظهر من لا جمعة عليه لأجل العذر، ثم زال العذر قبل تجميع الإمام؛ فإنه لا يلزمه إعادة الجمعة مع الإمام، وأما ما حكي عن أبي بكر أنه لا يجزئه فعل الظهر قبل تجميع الإمام؛ فمن الأصحاب من بناه على هذا الأصل، وأنه تجب عليه الإعادة لتبيننا أن الواجب عليه الجمعة، وليس هذا مأخذ أبي بكر؛ فإنه صرح بمأخذه، وهو أن وقت الظهر في حق من لا جمعة عليه إنما يدخل بفعل الجمعة من الإمام، كما لا يدخل وقت الذبح في الأضاحي إلا بعد صلاة الإمام[2].

---

(١) **ابن عثيمين**: (المعضوب: هو الذي لا يستطيع أن يحج، وذلك لمرض لا يرجى برؤه، احجَّ؛ أي: نوَّب من يحج عنه ثم برئ؛ فإنه يجزئه.

وأما إذا علم أنه سوف يبرئ؛ فلا يحجج عنه أحد، وهذا يعود إلى عرف الناس؛ فالذي لا يرجى برؤه؛ كالسرطان والسلّ في الزمن السابق وما أشبه ذلك؛ فإذا أحجَّ عنه -أي: نوَّب- عنه ثم بعد ذلك أبراه الله؛ يجزئه الحج، سواء كان على الفور أم لا، والقول بالإجزاء إن كان الحج على الفور من باب أولى لأن بعض العلماء يقول أن الحج لا يجب على الفور، والصحيح أنه على الفور) ا.هـ

(٢) انظر: الإقناع (١/ ٢٩٢).

ويلتحق بهذه القاعدة: ما إذا خفي الاطلاع على خلل الشرط، ثم تبين؛ فإنه يغتفر في الأصح.

فمن ذلك: إذا أدى الزكاة إلى من يظنه فقيراً، فبان أنه غني؛ فإنها تسقط على أصح الروايتين.

ومنها: إذا صلى المسافر بالاجتهاد إلى القبلة، ثم تبين الخطأ؛ فإنه لا إعادة على الصحيح[1].

ومنها: إذا حكم الحاكم بشهادة عدلين في الظاهر، ثم تبين فسقهما؛ ففي النقض روايتان، رجّح ابن عقيل في «الفنون» عدمه، وبه جزم القاضي في (كتاب الصيد) من «خلافه»[2] والآمدي لئلا ينقض الإجتهاد بالإجتهاد، والمشهور النقض؛ لتعلّق حق الغير به، وأما إذا اصطاد بكلب علّمه ثم أكل من الصيد؛ فإنه لا تحرم صيوده المتقدمة على الصحيح؛ لكن مأخذه أنّا لم نتبين فساد تعليمه لجواز أن يكون نسيه بعد تعلمه أو نسي إرساله، فأما الإعادة على من نسي الماء في رحله وتيمم ثم صلّى، أو على مَنْ صلّى صلاة شدة الخوف لسواد ظنه عدوّاً، فلم يكن أو كان بينه وبينه ما يمنع العبور؛ فإنه مبني على أنه فرّط بترك البحث والتحقيق.

---

(١) **ابن عثيمين**: (لكن بالاجتهاد، وليس بالتحري، هذا يكون عنده علم بعلامات القبلة، ثم اجتهد فاخطأ، أما لو كان في البيت أو في البلد ثم صلّى ظانّاً أن هذه القبلة ثم تبين أنها ليست القبلة؛ فعليه الإعادة؛ لأنّ البلد ليس محلاً للاجتهاد؛ إذ حقه أن يسأل أو يخرج إلى المساجد وينظر) ا.هـ

(٢) ويسمى «التعليق الكبير في المسائل الخلافية بين الأئمة» ويسميه ابن رجب في كتابنا (الخلاف) ويسميه (التعليق) للقاضي أبي يعلى (ت٤٥٨هـ) والكتاب مفقود إلا مجلداً واحداً توجد نسخة منه في دار الكتب المصرية (١٤٠- فقه حنبلي). وقد ألف ابن الجوزي كتاباً حول الأحاديث التي استدلّ بها وسماه «التحقيق في مسائل التعليق» طبع.
وقد تعقب ابن الجوزي ابن عبدالهادي المقدسي والذهبي وكلا الكتابين يحمل عنوان (تنقيح التحقيق).
والقسم المخطوط حقق منه قسم الحج كرسالة علمية في المملكة في الجامعة الإسلامية.

القاعدة السابعة

من تلبَّس بعبادة، ثم وجد قبل فراغها ما لو كان واجدا له قبل الشروع لكان هو الواجب دون ما تلبس به؛ هل يلزمه الانتقال إليه، أم يمضي ويجزئه؟

هذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون المتلبِّس به رخصة عامة شُرعت تيسيراً على المكلّف وتسهيلا عليه، مع إمكان إتيانه بالأصل على ضرب من المشقّة والتكلّف؛ فهذا لا يجب عليه الانتقال منه بوجود الأصل؛ كالتمتع إذا عدم الهدي فإنّه رخّص له في الصيام رخصة عامة، حتى لو قدر على الشراء بثمن في ذمته وهو موسر في بلده؛ لم يلزمه[1].

الضرب الثاني: أن يكون المُتلَبِّس به إنما شرع ضرورة للعجز عن الأصل وتعذّره بالكلّية؛ فهذا يلزمه الانتقال إلى الأصل عند القدرة عليه؛ ولو في أثناء التلبُّس بالبدل؛ كالعِدّة بالأشهر؛ فإنها لا تعتبر بحال مع القدرة على الاعتداد بالحيض، ولهذا تؤمر من ارتفع حيضها لعارض معلوم أن تنتظر زواله ولو طالت المدّة[2]، وإنما جوز لمن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه أن تعتد بالأشهر؛ لأن حيضها غير معلوم، ولا مظنون عوده، وسواء كانت هذه المعتدة مكلّفة قبل هذا بالاعتداد بالحيض؛ كمن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فاعتدت بالأشهر ثم حاضت في أثنائها، أو لم تكن مكلّفة به؛ كالصغيرة إذا حاضت في أثناء العدة بالأشهر[3].

---

(١) **ابن عثيمين**: (المتمتع الذي لم يجد الهدي؛ فله أن يصوم ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجع، لكن في أثناء الصوم وجد الهدي؛ هل يلزمه الانتقال أو لا يلزمه؟
يقول المؤلف: إنه لا يلزمه؛ لأن هذا البديل شرع رخصة عامة وليس لتعذر الأصل بالكلية، ولكن من أجل الرخصة على المكلف) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (ولهذا لو طلقت وهي ترضع؛ فإنّ عدتها تنتهي إذا حاضت ثلاث مرات، أما لو بقيت سنتين وهي ترضع ولم يأتها الحيض؛ فالعدة سنتان، خلافاً لما يفهمه العوام أنها إذا كانت لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر، والمقصود أنها متى كان تخلف حيضها لسببٍ معلوم يُرجى زواله؛ فالعدّة ثلاث حيضات، ولو طالت مدتها) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (فالاعتبار في العدة بالحيض هو الأصل، والأشهُر فرع عنه، وعلى هذا؛ فلو شَرَعت في الاعتداد بالأشهر بناءً على أن الحيض لم يأتها، ثم أتاها في أثناء الأشهر؛ فإنه يلزمها أن تعتد بالحيض حتى لو لم يبق عليها إلا يوم واحد؛ لأن الله يقول: ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔى يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّـٰٓـِٔى لَمۡ يَحِضۡنَ﴾، ومع وجود الحيض لا تكون آية، ومعه أيضاً لا تكون صغيرة لا تحيض، فإذا عاد عليها الحيض ولو في آخر يوم من الأشهر الثلاثة؛ انتقلت إليه، أما إذا انتهت الأشهر قبل أن يأتيها الحيض؛ فقد انتهت العدّة، ولو جاءها الحيض بعد انتهاء الأشهر بلحظات) ا.هـ

وها هنا مسائل كثيرة مترددة بين الضربين:

منها: من شرع في صيام كفارة ظهار أو يمين أو غيرهما، ثم وجد الرقبة؛ فالمذهب لا يلزمه الانتقال؛ لأن ذلك رخصة، فهو كصيام المتمتع، وفيه وجه يلزمه الانتقال؛ لأن الكفارات مشروعة للردع والزجر، وفيها من التغليظ ما ينافي الرخصة المطلقة، ولهذا يلزم شراء الرقبة بثمن في الذمة إذا كان ماله غائبا، ولو لم يجد من يبيعه رقبة بالدين وماله غائب، فهل يلزمه انتظاره، أو يجوز له العدول إلى الصيام للمشقة، أو يفرق بين الظهار وغيره؟ على أوجه معروفة.

ومنها: المتيمم إذا شرع في الصلاة، ثم وجد الماء؛ ففي بطلانها روايتان؛ لأن التيمم من حيث كونه رخصة عامة؛ فهو كصيام المتمتع، ومن حيث كونه ضرورة يشبه العدة بالأشهر، وبيان الضرورة أنه تستباح معه الصلاة بالحدث فإنه غير رافع له على المذهب؛ فلا يجوز إتمام الصلاة محدثا مع وجود الماء الرافع له[1].

---

(١) **ابن عثيمين**: (إذا وجد الماء قبل الصلاة وجب الوضوء، وإذا وجده بعد الصلاة لا تجب عليه الإعادة وإذا وجده أثناء الصلاة ففيه روايتان عن الإمام أحمد رواية أنه يلزمه أن يقطع الصلاة ويتوضأ ويصلي من جديد والرواية الثانية لا يلزمه لأنه شرع بالبدل على وجه المأمور به فلا يلزمه أن يستأنف في الصلاة كما قال المؤلف: ذكر أن القول يوجب إعادة الصلاة إذا وجد في أثنائه، هذا مبني على كون التيمم رافعا للحدث، أو مبيحا، فإن قلنا: إنه رافع للحدث؛ فقد ارتفع حدثه، وإن قلنا: إنه مبيح؛ فإن الحدث لم يرتفع، فإذا وجد الماء؛ فإنه لا يمكن أن يستبيح الصلاة بالتيمم؛ لأنه واجد للماء، وعندي أن هذا البناء فيه نظر؛ لأن القائلين بارتفاع الحدث بالتيمم يقولون: إن هذا الارتفاع ارتفاع مؤقت إلى أن يجد الماء، فإذا وجد الماء؛ زال الارتفاع، كذلك الاستباحة.

نعم، البناء الحقيقي كما قال: أن يقال الآن: شرع في البدل أي شرع فيما يجب له البدل وهو الصلاة، ولما كان ابتداء الصلاة صحيحا؛ لأنه لم يجد الماء؛ فليكن آخرها صحيحا أيضا وإن وجد الماء، مثل قولنا: إذا وجد المتمتع ثمن الهدي بعد أن شرع في الصوم؛ فإنه لا يلزمه، وهذا هو المأخذ الصحيح، والمذهب في هذه المسألة أنه يبطل تيممه، فتبطل صلاته، وعلى هذا فتلزمه الصلاة، وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية أنه من وجد الماء بعد التيمم فيلزمه الاغتسال وهذا محل إجماع بين أهل العلم، ويقول: أن الجنابة تعود إذا وجد الماء بعد التيمم وهذا داخل في الإجماع ثم أنه قوله عليه الصلاة والسلام: «فإذا وجد الماء فليتق الله وليمسه بشرته» ثم أنه ثبت في صحيح البخاري في قصة الرجل الذي لم يصلي لإصابته بالجنابة: «صلى رسول الله ﷺ بأصحابه فإذا برجل لم يصلي معهم فقال له ما الذي منعك قال: أصابتني جنابة ولا ماء فقال عليك بالصعيد فإنه يكفيك ثم جيء بالماء لرسول الله عليه الصلاة والسلام فشرب الناس منه ورووا ثم بقي شيء فقال خذ هذا فأفرغه على نفسك» فيدل هذا على أن التيمم لا يرفع رفع عام.

وكذلك في الكفارات؛ فالظاهر أنه متى شرع في البدل؛ فإنه لا يلزمه الانتقال، وإلا؛ ألزمناه بالأصل أيضا، فهذا الرجل يقول: أنا شرعت بالبدل وقد أذن لي فيه؛ فما الذي يبطله؟

سؤال: الصيام لا يعود إلى الهدي والصلاة يعيدها؟ الجواب: إنهم يقولون الصيام شرع بالبدل نفسه وأما هذا فإنه ما شرع بالبدل لأن البدل هو التيمم، تيمم قبل أن يتلبس بالصلاة، وهذا التيمم لابد أن يكون مفعوله إلى أن تنتهي الصلاة فلما وجد الماء بطل مفعوله فبطلت الصلاة: وهذا هو الأفضل إذا وجد الماء.

ملاحظة: الغالب من قول ابن رجب المذهب: أن ما اتفق عليه الموفق ابن قدامة والجد ابن تيمية هو المذهب، لا سيما إذا وافقهما القاضي أبو يعلى، وإن اختلفا؛ فما رجحه القاضي هو المذهب) ا.هـ

ومنها: إذا نكح المعسر الخائف للعنت أمة، ثم زال أحد الشرطين؛ فهل ينفسخ نكاحه؟ على روايتين، والنكاح فيه شوب عبادة(١).

(١) **ابن عثيمين**: (الصواب أنه لا ينفسخ، والشرطان اللذان يبيحان نكاح الإماء: عدم وجود المهر للحرة، وخوف العنت، وهو الزنا) ا.هـ

القاعدة الثامنة

من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها؛ هل يلزمه الإتيان بما قدر عليه منها أم لا؟

هذا أقسام:

أحدها: أن يكون المقدور عليه ليس مقصوداً في العبادة، بل هو وسيلة محضة إليها؛ كتحريك اللسان في القراءة، وإمرار الموسى على الرأس في الحلق والختان؛ فهذا ليس بواجب؛ لأنّه إنما وجب ضرورة القراءة والحلق والقطع، وقد سقط الأصل؛ فسقط ما هو من ضرورته، وأوجبه القاضي في تحريك اللسان خاصة، وهو ضعيف جداً[(١)].

القسم الثاني: ما وجب تبعا لغيره، وهو نوعان:

أحدهما: ما كان وجوبه احتياطاً للعبادة ليتحقق حصولها؛ كغسل المرفقين في الوضوء، فإذا قطعت اليد من المرفق؛ هل يجب غسل رأس المرفق الآخر أم لا؟

على وجهين، أشهرهما عند الأصحاب الوجوب وهو ظاهر كلام أحمد، واختيار القاضي في (كتاب الحج) من «خلافه»[(٢)]: أنه يستحب، وحمل كلام الإمام أحمد على الاستحباب.

هذا إذا بقي شيء من العبادة؛ كما في وضوء الأقطع، أما إذا لم يبق شيء بالكلية؛ سقط التبع؛ كإمساك جزء من الليل في الصوم؛ فلا يلزم من أبيح له الفطر بالاتفاق.

---

(١) **ابن عثيمين**: (إذا قدر على فعل بعض دون بعض؛ فهل يلزمه الإتيان بما قدر عليه؟

هذا على أقسام:

الأول: أن يكون هذا الشيء الذي قدر عليه ليس مقصوداً، لكنه وسيلة، مثل فرض الله على المصلي أن يقرأ القرآن، وإذا قرأ تتحرك شفتاه. لكن هذا إنسان أخرس ما يقدر ينطق أبداً، وأراد أن يصلّي؛ هل يحرك لسانه وشفتيه؟ لا. القاضي يوجب ذلك على الأخرس.

ومعلوم أن تحريك اللسان والشفتين بدون نطق نوع من العدم، كذلك الإنسان المحرم بحج أو عمرة يلزمه الحلق، وهذا رجل أصلع لا شعر له؛ فهل عليه أن يمر الموسى على الجلد؟ وكذلك الختان في حق من ولد مختوناً؟ إمرار الموسى وسيلة محضية؛ فلا يجب) ا.هـ

(٢) مرّ الكلام عليه، وهذا القسم حقق كرسالة جامعية.

والثاني: ما وجب تبعاً لغيره على وجه التكميل واللواحق؛ مثل رمي الجمار، والمبيت بمنى لمن لم يدرك الحج؛ فالمشهور: أنه لا يلزمه؛ لأنّ ذلك كلّه من توابع الوقوف بعرفة، فلا يلزم مَنْ لم يقف بها.

وحكى ابن أبي موسى[١] رواية أخرى بلزومها؛ لأنّها عبادات في نفسها مستقلّة[٢]، ومن أمثلة ذلك: المريض إذا عجز في الصلاة عن وضع وجهه على الأرض وقدر على وضع بقية أعضاء السجود؛ فإنّه لا يلزمه ذلك على الصحيح؛ لأنّ السجود على بقية الأعضاء إنما وجب تبعاً للسجود على الوجه وتكميلا له[٣].

والقسم الثالث: ما هو جزء من العبادة وليس بعبادة في نفسه بانفراده، أو هو غير مأمور به لضرورة:

فالأول: كصوم بعض اليوم لمن قدر عليه وعجز عن إتمامه؛ فلا يلزمه بغير خلاف.

والثاني: كعتق بعض الرقبة في الكفارة؛ فلا يلزم القادر عليه إذا عجز عن التكميل؛ لأن الشارع قصده تكميل العتق مهما أمكن، ولهذا شرع السراية والسعاية، وقال: «ليس لله شريك»[٤]؛ فلا يشرع عتق بعض الرقبة[٥].

---

(١) هو محمد بن موسى بن أبي موسى (ت٢٨٩هـ) نقل عن الإمام أحمد جزء مسائل كبار جداً.

(٢) **ابن عثيمين**: (الصواب الذي لا شك فيه أنها تسقط؛ لقول الرسول ﷺ: «الحج عرفة»، فإذا فاته الوقوف بعرفة؛ فات الحج؛ فلا وجه للتشاغل بهذه الأمور، والمبيت بمنى ليست عبادة إلا في الحج) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (هذا فيه نظر، والصواب: أن العاجز عن السجود على الوجه إن كان لا يتمكّنُ من الدنو من الأرض؛ فيسقط الفرض،وإن كان يتمكن يجب عليه أن يسجد على بقية الأعضاء؛ لأنه حين يدنو يكون إلى السجود أقرب منه إلى الجلوس؛ فالصواب في هذه المسألة خلاف ما أطلقه المؤلف؛ فعليه إن كان قريباً من السجود بِحيث تكون هيئته كهيئة الساجد، ولكن ما يتمكن من مس جبهته الأرض أن يسجد ببقية أعضاء السجود، وإلا؛ فلا، والله أعلم) ا.هـ

(٤) أخرجه أبوداود (٣٩٣٣)، والنسائي في الكبرى (٤٩٧٠)، وأحمد (٥/ ٧٥)، وعبدالرزاق في مصنفه (٤٩٧٠)، وإسحاق ابن راهويه في مسنده (١٠٥)، والطبراني في الكبير (٥٠٧)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٣/ ١٠٧)، والحارث بن أبي أسامة (٤٧٣- بغية)، والبيهقي (١٠/ ٢٧٣) والحديث قواه ابن حجر في الفتح (٥/ ٣٥٩).
بينما حكم عليه النسائي بأنه مرسل وهو الأصح وأيده الضياء في المختارة وكذا ابن قدامة في المغني وله شاهد عند أحمد إسناده جيد كما قال الحافظ في الفتح.

(٥) تقدم قبل قليل **ابن عثيمين**: («إن السعاية هي الترخيص للعبد الذي عتق سيده بعضه أن يسعى في فكاك ما بقي من رقه»، وهذا غلط، ليس بصحيح، والصواب:

=

القسم الرابع: ما هو جزء من العبادة وهو عبادة مشروعة في نفسه؛ فيجب فعله عند تعذّر فعل الجميع بغير خلاف، ويتفرع عليه مسائل كثيرة:

منها: العاجز عن القراءة يلزمه القيام؛ لأنه وإن كان مقصوده الأعظم القراءة؛ لكنه أيضا مقصود في نفسه، وهو عبادة منفردة(١).

ومنها: من عجز عن بعض الفاتحة؛ لزمه الإتيان بالباقي(٢).

ومنها: من عجز عن بعض غسل الجنابة؛ لزمه الإتيان بما قدر منه؛ لأنّ تخفيف الجنابة مشروع ولو بغسل بعض أعضاء الوضوء، كما يشرع للجنب إذا أراد النوم أو الوطء أو الأكل ويستبيح به اللبث في المسجد عندنا(٣).

إن السعاية: إذا أعتق بعض الشركاء نصيبه ولم يكن عند الشريك الآخر ما يوفّي به بقيمة الثمن؛ فيُستسعى العبد لتحصيله قيمة نصيب ما بقي منه ليكون حرّاً؛ فهذه السعاية، أما إذا أعتق الإنسان جزءاً من عبده المملوك؛ فإنه يسري إلى باقيه تبعاً لعتق بعضه السابق؛ فهي السراية.

بيني وبين رجل عبد، لي نصف وله نصف، فأعتقتُ نصفي الذي لديّ من هذا العبد، إذا أعتقت؛ سرى إلى البقية وأعتق كله. ووجب عليّ لشريكي قيمة النصف، إذا كنت أنا فقيراً ما عندي شيء؛ فإنه يُعتق العبدُ كلّه، لكن يستسعى فيما بقي، بمعنى أن يقال له: اذهب واكتسب وأوفِ سيدك الذي لم يعتقك نصيبه، هذه السعاية، وأما السراية؛ فهو رجل له عبد كامل فأعتق نصف العبد، قلنا لا يُعتق نصفه، قال: نصفه يبقى لي، نقول: يسري العتق إلى جميعه سواءً كان غنياً أو فقيراً.

فالسراية: هي الحكم بسراية العتق لباقيه تبعا لعتق بعضه السابق.

فعتق بعض الرقبة يجوز، لكن إن كان ملكك سرى إلى جميعه، وإن كان ملكا لغيرك سرى إلى الجميع، ولزمت بدفع القيمة؛ إلا إن كنت فقيراً، فيستسعى في البقية ويكون كله حراً.

الصواب بالسعاية: أنها أن يعتق الشريك الفقير نصيبه من العبد ويستسعى العبد لتحصيل قيمة نصيب ما بقي منه ليكون حراً) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين**: هذا الفرق فيه نظر؛ لأنّ القيام ليس جزء من القراءة، فالمصنف يقول: «من عجز عن القراءة؛ يلزمه القيام»؛ فيقال: هذه ليست عبادة واحدة ؛ فالقيام شيء، والقراءة شيء آخر، هل القراءة جزء من القيام؟ لا، ولهذا تجب القراءة على القاعد الذي لا يقدر على القيام، وليس القيام أيضا جزء من القراءة) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: هذا صحيح؛ لأنه مَنْ عجز عن بعض الفاتحة لزمه الإتيان بالباقي، ولو أنّ المؤلف قال: لزمه الإتيان بما قدر عليه منها، لكان أوضح، أي لو قال: «من عجز عن بعض الفاتحة لزمه الإتيان بالباقي» صحيح أن قصده المقدور عليه، لكن لو صرّح به؛ لكان أولى، ووجه ذلك أن قراءة بعض الفاتحة عبادة في نفسها) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (أي: إذا توضأ الجنب؛ فله اللبث في المسجد؛ فالوضوء شرعاً يخفّف الجنابة) ا.هـ

ووقع التردد في مسائل أخر:

منها: المحدث إذا وجد ما يكفي بعض أعضائه؛ ففي وجوب استعماله وجهان[١]، ومأخذ من لا يراه واجباً: إما أن الحدث الأصغر لا يتبعّض رفعه فلا يحصل به مقصود، أو أنه يتبعّض لكنّه يبطل بالإخلال بالموالاة فلا يبقى له فائدة، أو أن غسل بعض أعضاء المحدث غير مشروع بخلاف غسل بعض أعضاء الجنب كما تقدّم[٢].

ومنها: إذا قدر على بعض صاع في صدقة الفطر؛ فهل يلزمه إخراجه؟ على روايتين، ومأخذ عدم الوجوب أنه كفّارة بالمال؛ فلا يتبعّض كما لو قدر على التكفير بإطعام بعض المساكين، والصحيح الوجوب، والفرق بينه وبين الكفارة من وجهين:

أحدهما: أن الكفّارة بالمال تسقط إلى بدل هو الصوم، بخلاف الفطرة.

والثاني: أن الكفّارة لا بدّ من تكميلها، والمقصود من التكفير بالمال تحصيل إحدى المصالح الثلاث على وجهها، وهي العتق والإطعام والكسوة، وبالتلفيق يفوت ذلك؛ فلا تبرأ الذمة من الوجوب إلا بالإتيان بإحدى الخصال بكمالها أو بالصيام، وفي الفطرة لا تبرأ الذمة منها بدون إخراج الموجود[٣].

---

(١) انظر مجموع الفتاوى (٢١/ ١٣٣).

(٢) **ابن عثيمين:** (المذهب في هذه المسألة أنه يجب عليه أن يستعمل ما قدر عليه، وهذا أولى؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن:١٦]. ولأنّ الإنسان إذا كان عليه جبيرة في بعض أعضاء الوضوء يتوضأ فيما لا جبيرة عليه، ويتيمم على الجبيرة؛ فالصواب في هذه المسألة المذهب: «أنه إذا وجد ماء يكفي بعض أعضاء الوضوء؛ استعمله وتيمم للباقي، ومن وجد ماء يكفي بعض بدنه في الجنابة يستعمله ويتيمم للباقي، ولم ينقل المؤلف فيه خلاف ولكن أين يستعمله؟ يستعمله في أعضاء الوضوء، يتوضأ لأن الوضوء شرعاً يخفّف الجنابة، بخلاف ما لو صبّ الماء على ظهره أو بطنه، أو استخدمه في رفع الأذى؛ فإنه لا يستفيد من ذلك جواز المكث في المسجد، ولا النوم، وأما إذا وجد ماء يكفي بعض أعضاءه في الحدث الأصغر؛ فذكر المؤلف في ذلك وجهين:

أحدهما: وجوب الاستعمال مع التيمم عن الباقي.

الثاني: عدم وجوب الاستعمال، ويتيمم للوضوء كلّه.

والصحيح أنه يستعمل ما وجد) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (رجل عنده نصف صاع للفطرة، وما يملك غيره؛ فيجب عليه إخراجه على الصحيح؛ لقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن:١٦]، ولأن إخراج نصف الصاع فيه طعمة للمساكين، والرسول ﷺ قال في صدقة الفطر: «إنها طهرة للصائم، وطعمة للمساكين».

وكذلك إن كان غير صائم، تجب عليه الفطرة؛ لأجل طعمة المساكين، وحديث ابن عمر صريح في فرضها على الصغير والكبير.

والتلفيق في الكفارة لا يجوز، مثاله: لو وجد إطعام خمسة مساكين في كفارة اليمين؛ فليس له أن يطعمهم ويصوم يوماً أو يومين، وتكون الكفارة ملفقة حينئذ؛ ولأن هذا بدل، فإذا عجز عن إطعام العشرة؛ انتقل إلى بدل.

ولكن لو لفّق الطعام والكسوة؛ فالظاهر أنه يصح؛ لأنه من جنس واحد) ا.هـ

القاعدة التاسعة

في العبادات الواقعة على وجه محرّم. إن كان التحريم عائدا إلى ذات العبادة على وجه يختص بها؛ لم يصح، وإن كان عائدا إلى شرطها؛ فإن كان على وجه يختص بها؛ فكذلك أيضا، وإن كان لا يختص بها؛ ففي الصحة روايتان[1] أشهرهما عدمها، وإن عاد إلى ما ليس بشرط فيها؛ ففي الصحة وجهان[2]، واختار أبو بكر[3] عدم الصحة، وخالفه الأكثرون.

فللأول أمثلة كثيرة:

منها: صوم يوم العيد؛ فلا يصح بحال على المذهب[4].

ومنها: الصلاة في أوقات النهي[5].

---

(١) **ابن عثيمين:** (قال هنا: «روايتين»، وقوله «وجهان»: الفرق بينهما أن الروايتين عن الإمام أحمد، والوجهين للأصحاب، لكن ليس كل من أصحاب الإمام أحمد يكون من أهل الوجوه بل المراد العلماء الكبار في المذهب إذا قالوا قولاً؛ صار قولهم هذا وجهاً) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (إذا وقعت العبادة على وجه محرم، فإذا كان التحريم يعود إلى ذات العبادة، فإنّها لا تصح؛ لأنّ الأمر والنهي متضادان؛ فكيف نقول بصحّة شيء منهي عنه؟!
وإذا عاد التحريم إلى شرط العبادة لا إلى ذاتها كما لو صلّى في ثوب محرم عليه هذا لا يعود إلى ذات العبادة يعود إلى شرطها وهو ستر العورة، فإن كان على وجه يختص؛ فكذلك لا تصح، وإن كان على وجه لا يختص، ففيه روايتان، وإن عاد إلى أمر خارج؛ فإنّ العبادة تصح على قول الأكثر، مثل أن يصلي وعليه عمامة حرير؛ فهذا اللباس حرام، لكن لا يعود إلى شرط العبادة؛ لأنّ ستر الرأس ليس بشرط، بخلاف القميص من الحرير. وذكر المصنف هنا مثال صوم يوم العيد؛ النهي فيه عاد إلى ذات العبادة؛ لأن الشارع نهى عن صوم يوم العيد؛ فلا يصح) ا.هـ
وقد جمع الفاضل أبوبكر البغدادي بين كلام العلائي في كتابه «تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد» وبين كلام شيخ الإسلام ابن تيمية وطبع في دار ابن الجوزي بعنوان «النهي يقتضي الفساد» بين العلائي وابن تيمية.

(٣) مرّ القول أنّه أبوبكر عبدالعزيز بن جعفر غلام الخلال.

(٤) **ابن عثيمين:** (هذا يعود إلى ذات عبادة الصوم، وقد ثبت النهي عن صوم يوم العيد، قال النبي عليه الصلاة والسلام: «لا تصم يوم العيد»، والقول بالجواز مضاد لحكم الرسول عليه الصلاة السلام، ولذا نقول: لا يصح) ا.هـ
انظر كلام شيخ الإسلام في المجموع (٢٩/٢٨٨).

(٥) **ابن عثيمين:** (ورد نهي عن الصلاة في أوقات مخصوصة؛ فلا صلاة بعد طلوع الشمس حتى ترتفع قدر رمح؛ لحديث عقبة بن عامر: «ثلاث ساعات نهانا رسول الله ﷺ أن نصلي فيهنّ»، فلو أن أحداً صلّى في هذا الوقت؛ لقلنا: إنك أتيت بعبادة منهي عنها بذاتها؛ فهي باطلة، ولو صححناها؛ لكان في ذلك مضادة لحكم الله ورسوله، أما الصلاة التي لها سبب؛ فإنها جائزة) ا.هـ

ومنها: الصلاة في مواضع النهي؛ فلا يصح على القول بأنّ النهي للتحريم، وإنما يصح على القول بأن النهي للتنزيه، هذه طريقة المحققين؛ وإن كان من الأصحاب من يحكي الخلاف في الصحة مع القول بالتحريم[1].

ومنها: صيام أيام التشريق؛ فلا يصح تطوعاً بحال، والخلاف في صحّة صومها فرضاً مبني على أن النهي هل يشمل الفرض أم يختص بالتطوع[2].

وللثاني أمثلة كثيرة:

منها: الصلاة بالنجاسة وبغير سترة[3] وأشباه ذلك.

---

(١) **ابن عثيمين:** (الصلاة في المواضع المحرمة؛ كأعطان الإبل، ورد نهي من النبي عليه الصلاة السلام عنها؛ فالنهي في ذات العبادة ولكن يتعلق بمكانها، والصلاة في وقت النهي يعود إلى ذات العبادة، ويتعلق بزمانها؛ فالصلاة في أعطان الإبل باطلة لأنه منهي عنها، ولو صححناها؛ لكان في هذا مضادة للرسول عليه الصلاة والسلام، ولا فرق بين النهي عن الصلاة في الزمان وعن الصلاة في المكان، لكن يقول المؤلف: إن هذا بناء على أن النهي للتحريم، أما إذا قلنا:إن النهي للتنزيه؛ فإنها تصح، ولكن تكون مكروهة، ومع هذا؛ فإن بعض العلماء يقول: إن الصلاة في أمكنة النهي صحيحة مع الإثم، فيفرقون بين الزمان وبين المكان، ولكن في النفس من هذا شيء، والأقرب أنها لا تصح إذا كان المكان منهي عنه لذاته، أما إذا كان المكان منهي عنه لحق الغير؛ كالصلاة في الأرض المغصوبة؛ فإن الصحيح أن الصلاة تصح فيها) ا.هـ

انظر كلام شيخ الإسلام في المجموع (١٩/ ٢٩٩).

(٢) **ابن عثيمين:** (رجل صام أيام التشريق؛ فالنهي عائد إلى ذات العبادة متعلقا بزمنها، فيكون كصوم يوم العيد هذا إذا كان تطوعاً؛ فلا يصح، وأما إن كان فرضاً كرجل عليه كفّارة أو عليه قضاء رمضان؛ فينبني على الخلاف في النهي؛ هل هو للتطوع أم للعموم، والصحيح أن النهي عام؛ لحديث ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم؛ قالا: «لم يرخص في أيام التشريق أن يصمن إلا لمن لم يجد الهدي من المتمتعين والقارنين».

فهؤلاء يجوز لهم أن يصوموا أيام التشريق، ومن سواهم لا يجوز، وإنما جاز لهؤلاء للضرورة؛ لأن الله قال: ﴿فَصِيَامُ ثَلَـٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة:١٩٦]، ولو لم يصم القارن والمتمتع في هذه الأيام؛ لانتهى الحج قبل أن يصوموا.

والصحيح أنه لا يجوز صيام أيام التشريق إلا لمن لم يجد الهدي فقط) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (لبس الثوب من شروط الصلاة:

١. لأن فيه ستر العورة .

٢. امتثال أمر الله عز وجل في قوله تعالى: ﴿۞ يَـٰبَنِيٓ ءَادَمَ خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾ [الأعراف:٣١].

فهو شرط لصحة الصلاة فإذا صلى بثوب نجس؛ فالنهي هنا يعود إلى شرط العبادة على وجه يختص، أي إنه لا يحرم عليك لبس الثوب النجس إلا إذا كنت تريد أن تصلي، وإلا لو فرض أن إنساناً لبس ثوباً نجساً في غير الصلاة؛ فلا بأس، ومن ذلك ثياب الجزارين التي تصاب بالدماء المسفوحة، وهي نجسة، ولهذا تجدهم إذا أرادوا أن يصلوا خلعوا هذه الثياب.

ومن ذلك أيضا: ثياب النساء؛ فإن كثيراً من النساء تكون قد ابتليت بالسلس؛ فلا تصلي في ثوبها الذي عليه نجاسة، مع ارتدائها إياه خارج الصلاة، ومنها أيضا ثياب المرضعة، إذا تنجس من الرضيع لا حرج عليها أن تبقى في ثيابها حتى تصلي، المهم أن هذا النهي يعود إلى شرط العبادة على وجه يختص، أي أنه لا يحرم لبس الثوب النجس في غير الصلاة.

وكذلك أيضا قوله: «بغير السترة» يعود إلى شرط العبادة على وجه يختص، عام في الصلاة وغيرها، اللهم إذا كان =

وللثالث أمثلة كثيرة:

منها: الوضوء بالماء المغصوب[(١)].

ومنها: الصلاة في الثوب المغصوب والحرير[(٢)].

وفي الصحة روايتان[(٣)]، وعلى رواية عدم الصحة؛ فهل المبطل ارتكاب النهي في شرط العبادة، أم ترك الإتيان بالشرط المأمور به؟

للأصحاب فيه مأخذان ينبني عليهما لو لم يجد إلا ثوباً مغصوباً فصلّى فيه؛ فإن عللنا بارتكاب النهي؛ لم تصح صلاته، وإن عللنا بترك المأمور صحّت؛ لأنه غير واجد لسترة يؤمر بها[(٤)]، وأما من لم يجد إلا ثوب حرير؛ فتصح صلاته فيه بغير خلاف على أصح الطريقين؛

الإنسان في خلوة ما يشاهده أحد؛ فهذا فيه خلاف بين أهل العلم: هل يحرم عليه أن يتعرى في الخلوة أو لا يحرم؟ أما مع أهله؛ فلا يحرم؛ لأن الله يقول: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون:٥، ٦].والحاصل أنّ التمثيل بغير السترة فيه شيء من النظر، اللهم إلا أن يراد بالسترة هنا السترة الواجبة في الصلاة؛ لأن السترة الواجبة في الصلاة أغلظ من السترة الواجبة في النظر، فإذا أراد ذلك؛ فنعم) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين**: (الوضوء شرط لصحّة الصلاة، فإذا توضأ الإنسان بماء مغصوب؛ هل تصح صلاته أم لا؟ فيه روايتان؛ لأن التحريم هنا يعود إلى شرط العبادة، لكن على وجه لا يختص، ليس النهي عن استعمال المغصوب خاصاً بالوضوء، بل لو استعملت الماء المغصوب في شرابك وطعامك وغسل ثيابك؛ صار حراماً، إذاً التحريم لا يختص بشرط العبادة ولهذا فيه روايتان عن الإمام أحمد.

والصحيح أن الوضوء والصلاة تصح؛ لأنّ التحريم هنا لم يثبت بنص، مثل: «لا تتوضؤا بالمغصوب»، حتى يكون عائد على الشرط، لكن نهى عن استعمال المغصوب؛ لأنه حق للغير؛ فالنهي هنا ليس موقوفاً على العبادة نفسها ولكنه عن انتهاك حرمة مال الغير؛ فلهذا؛ فإن الرواية الثانية أنه يصح الوضوء بالمغصوب، والمذهب لا يصح) ا.هـ انظر كلام شيخ الإسلام في المجموع (٢٩/ ٢٨٦).

(٢) **ابن عثيمين**: (هذا يعود إلى شرط العبادة، وهو الستر بالثوب، وهل هو يختص أم لا؟ لا يختص؛ فالثوب المغصوب والحرير منهي عن لبسه، سواء في الصلاة أو في غير الصلاة، ومثل ذلك الثوب الذي فيه الصور منهي عن لبسه في الصلاة وغير الصلاة، فلو صلّى الإنسان بهذه الثياب المحرمة؛ فهل تصح صلاته أم لا؟ فيه روايتان) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (فيه روايتان، وعلى رواية عدم الصحة؛ فالنهي عن لبس الثوب يعود إلى الشرط، لكن لا على وجه يختص، لو قال: لا تلبس الثوب في الصلاة؛ لصار يعود على شرطه على وجه يختص) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين**: (لو صلى بثوب حرير أو مغصوب، وعنده ثوب مباح؛ فقد ترك المأمور لارتكاب المحظور، وإذا لم يجد ثوباً مباحاً؛ فليس عنده شيء يؤمر به، فإذا صلى بهذا الثوب المحرم صحت صلاته؛ لأنه لم يترك المأمور؛ وهو لبس الثوب المباح، وإذا قلنا: العلة ارتكاب النهي؛ فهذا الرجل ارتكب النهي بالصلاة في ثوب الحرير، يقال: هل نقول: أن العلة أنك ارتكبت محرماً أو تركت مأموراً؟

إن قلنا: تركت مأمورا؛ فإنها تصح الصلاة في هذا الثوب، إذا لم يوجد ثوب تكون مأموراً به، وإذا قلنا: العلة ارتكاب النهي؛ فأنت الآن ارتكبت النهي، سواء وجدت أم لم تجد؛ فلا تصح بناء على الخلاف.

والمذهب في المغصوب أنه لا يصلي به لارتكاب النهي؛ لأن الممنوع منه شرعاً، كالممنوع منه حِساً، لكن لو قال قائل: إذا كنت أعلم أن صاحب الثوب يسمح لي إذا كانت هذه حالتي؛ نقول: لا بأس إذا علمت أن هذا الرجل إذا علم أنه ليس عندك ثوب تصلي فيه فسيسمح لك؛ فلا حرج) ا.هـ

لإباحة لبسه في هذه الحال [١].

ومنها: الصلاة في البقعة المغصوبة، وفيها الخلاف.

وللبطلان مأخذان أيضا:

أحدهما: أن البقعة شرط للصلاة، ولهذا لا تصح الصلاة في الأرجوحة ولا على بساط في الهواء[٢].

والثاني: أن حركات المصلي وسكناته في الدار المغصوبة هو نفس المحرم [٣]؛ فالتحريم عائد إلى نفس الصلاة؛ وإن كان غير مختص بها؛ فهو كإخراج الزكاة والهدي من المال المغصوب[٤].

وللرابع أمثلة:

منها: الوضوء من الإناء المحرم[٥].

---

(١) **ابن عثيمين**: (إذا لم يجد إلا ثوب حرير أو ثوباً فيه صور أو ما شابه ذلك مما حُرم لحقّ الله؛ يصلّي به ولا إعادة؛ لأنّ المحرم لحق الله إذا اضطررت إليه؛ فإنه يباح. (مسألة).
رجل ليس عنده إلا ثوب نجس، وآخر ليس عنده إلا ثوب مغصوب، وثالث ليس عنده إلا حرير، أما الذي عنده ثوب نجس؛ فنقول له: صلِّ فيه وأعد الصلاة إذا وجدت ثوباً طاهراً، فتفرض عليه صلاتان، وأما من لم يجد إلا ثوباً مغصوباً؛ فنقول له: صلِّ عرياناً؛ لأن هذا ليس لك، فوجوده كالعدم، وأما من وجد ثوب حرير؛ فنقول له: صلِّ فيه ولا حرج؛ لأن هذا محرم لحق الله، وأنت في هذه الحال قد أبيح لك أن تلبسه ولا تعيد، هذا هو المذهب.
لكن في المسألة الأولى إذا لم يجد إلا ثوباً نجساً؛ الصحيح أنه يصلّي فيه ولا إعادة عليه؛لأنه مأمور بستر العورة، ومأمور بإزالة النجاسة عن الثوب؛ فستر العورة قادر عليه، وإزالة النجاسة عن الثوب عاجز عنها؛ فيكون هنا قد فعل ما كلف به؛ فصلاته صحيحة على القول الراجح، والثالث المغصوب لا يصلي فيه إلا إذا علمنا أن صاحبه سيسمح بذلك) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (ظاهر كلام المصنف أن هذه قضية مسلمة، ولا نزاع فيها، فأما الأرجوحة؛ فالصلاة لا تصح فيها لعدم الاستقرار، والسجود لا بد فيه من الاستقرار، وأما البساط في الهواء؛ فهو كذلك غير مستقر في عصر المؤلف، ولكن الطائرات يكون فيها الاستقرار تماماً، فالصلاة فيها صحيحة ولا تدخل في كلام المؤلف) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (إن حركات المصلي في الدار المغصوبة هو نفس المحرم، لكنه لا يختص، أي حرمة الحركات لا تختص بالصلاة، وإنما بمجرد وجوده في هذا المكان؛ لأنه لا حق له فيه، لأنك لو تأتي وتضطجع في المكان المغصوب فهو حرام عليك) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين**: (وهذا أيضا فيه خلاف: منهم من يقول: إنه صحيح، ومنهم من يقول: إنه غير صحيح، بخلاف ما لو أصبت شاة وأهديتها؛ فهذا حرام؛ لأن التحريم وقع في عينها) ا.هـ

(٥) **ابن عثيمين**: (هذا حرام، لكن لا يعود إلى ذات العبادة ولا إلى شرطها، يعني: إنسان يتوضأ من إناء فضة على القول بأن استعمال الفضة حتى في غير الأكل والشرب حرام؛ نقول: الوضوء صحيح، والفعل محرم، لماذا كان الوضوء صحيحاً؟
لأن هذا التحريم لا يعود إلى ذات العبادة ولا إلى شرطها؛ فشرطها الوضوء بالماء حتى لو وجدت الماء على الأرض،
=

ومنها: صلاة من عليه عمامة غصب أو حرير أو في يده خاتم ذهب، وفي ذلك كلّه وجهان، واختيار أبي بكر عدم الصحة[١].

وأما من عليه ثوبان أحدهما غصب؛ فقيل: هو مخرج على هذين الوجهين، وقيل: بل هو كمن ليس عليه سوى الثوب المغصوب؛ لأن المباح لم يتعين للستر، بل الستر حصل بواحد غير معين[٢].

وأما الحج بالمال المغصوب؛ ففي صحته روايتان: فقيل: لأن المال شرط لوجوبه، وشرط الوجوب كشرط الصحة، ورجّح ابن عقيل الصحة وجعله من القسم الرابع، ومنع كون المال شرطا لوجوبه؛ لأنه يجب على القريب بغير مال[٣]، وليس بشيء؛ فإنه شرط في حق البعيد

فتوضأت منه؛ فالإناء ليس بشرط) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين:** (الصحيح هو الصحة؛ لأن هذا التحريم لا يعود إلى ذات العبادة ولا إلى شرطها، والعمامة ليست شرطاً في الصلاة، ويجوز للإنسان أن يصلي ورأسه مكشوف، ويجوز أن يصلي ورأسه مستور بغير عمامة؛ فليست العمامة شرط للصلاة، ولهذا نقول: إن الصلاة الآن تصح مع تحريم المضي في لبس هذه العمامة، وكذلك من في يده خاتم ذهب: الفعل حرام والصلاة صحيحة؛ لأن التحريم هنا لا يعود إلى الصلاة ولا إلى شرطها، يعني: ما قيل لنا: لا تصلوا في خاتم ذهب، بل قيل لنا: لا تلبسوا الذهب، أما الثوب الذي فيه التصاوير؛ فلا تصح الصلاة به لأن التحريم يعود إلى شرط العبادة، وهو الثوب) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (إذا كان على الإنسان ثوبان، أحدهما محرم والثاني مباح؛ فالمذهب أن الصلاة لا تصح؛ لأن المباح لم يتعين للستر، بل الستر حصل بواحد غير معين؛ كرجل لبس ثوبين: ثوب حرير وثوب قطن، فصلى بهما؛ فلا تصح الصلاة على المذهب لأن النهي يعود إلى شرط العبادة وهو الستر، فإن قال قائل: الستر لم يختص به هذا المحرم؛ قلنا: ولم يتعين في هذا المباح، فالستر حاصل بأحدهما، فلا تصح الصلاة.

وقال بعض أهل العلم -بعض الأصحاب-: إنها تصح الصلاة؛ لأن الستر لم يتعين في المحرم، وفصل بعضهم فقال: إن كان الثوب المباشر للجسد هو المباح؛ صحت الصلاة؛ لأن الستر حصل به، والأعلى يعتبر زائدا وفضلة، وإن كان المباشر للبدن هو الثوب المحرم؛ فالصلاة لا تصح، وهذا التفصيل جيد، على أنه ينظر إذا كان الذي يباشر الجسد هو الذي حصل به الستر، إذا كان مباحاً؛ فإن الصلاة صحيحة، وإن كان الخارج هو المباح؛ فإن الصلاة باطلة) ا.هـ

(٣) قال **ابن عثيمين:** (الذي بمكة يجب عليه الحج ولو بغير مال لأنه يستطيع الحج على القدمين ولكن ابن رجب اعترض على ابن عقيل في هذا، ولا مانع في أن يكون شرطاً للوجوب في حق بعض الناس دون بعض. ولكن الذي يظهر لي أن الحج بالمال المغصوب صحيح لكنه حرام لأن الحج لا يعتمد على المال وكما قال ابن عقيل قد يحج إنسان بدون مال حتى لو كان بعيداً قد يحج بدون مال يمكن أن يحج على قدميه مع الركب وهذا وقع كثيراً في الأزمان السابقة. إذا كان حجك يتوقف على المال فلابد من وجود المال، لكنه ليس بلازم قد يحج الإنسان وليس عند مال. ﴿وَتَزَوَّدُوا﴾ في الآية هل تدل على الوجوب؟ لا ما تدل على الوجوب تدل على أن الأفضل أن يتزود لكي لا يكون عالة على الغير، فإذا كان مع الإنسان زاد كالذي يأكله في بلده عادة ما صار هناك مال زائد على

=

خاصة، كما أن المحرم شرط في حق المرأة دون الرجل، والله أعلم.

الأصل المحرمة بحق الله كالمحرمة بحق الآدمي) ا.هـ

القاعدة العاشرة

الألفاظ المعتبرة في العبادات والمعاملات.

منها: ما يعتبر لفظه ومعناه، وهو القرآن؛ لإعجازه بلفظه ومعناه؛ فلا تجوز الترجمة عنه بلغة أخرى[(١)].

ومنها: ما يعتبر معناه دون لفظه؛ كألفاظ عقد البيع وغيره من العقود وألفاظ الطلاق[(٢)].

ومنها: ما يعتبر لفظه مع القدرة عليه دون العجز عنه، ويدخل تحت ذلك صور:

منها: التكبير التسبيح والدعاء في الصلاة لا تجوز الترجمة عنه مع القدرة عليه، ومع العجز عنه؛ هل يلحق بالقسم الأول فيسقط، أو بالثاني فيأتي به بلغته[(٣)]؟

---

(١) **قال ابن عثيمين**: (ولهذا من عجز عن القرآن باللغة العربية ما نقول ترجم القرآن واقرأ به بل نقول اعدل إلى التسبيح والتهليل والتكبير وترجمها. لأن القرآن كما قال المؤلف: «لإعجازه بلفظه ومعناه» ولتعليل آخر وهو أن القرآن متعبد بلفظه حتى لو لم تعرف معناه) ا.هـ

(٢) **قال ابن عثيمين**: (وظاهر كلام المؤلف حتى عقد النكاح يعتبر معناه دون لفظه وهذه المسألة فيها خلاف، هل يعتبر أن يكون بلفظ الإنكاح والتزويج المشهور من المذهب انه يعتبر ولا بد أن يكون بلفظ الإنكاح والتزويج إلا إذا قال إنسان لأمته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ولو لم يقل نكحتك فإنه يكفي، ولكن الصحيح أنه حتى عقد النكاح يصح بالمعنى دون اللفظ، ولو قال عامّي: «زوجتك ابنتي» وقال: «قبلت» فالنكاح صحيح المذهب يقولون أن هذا النكاح غير صحيح لأنه لابد أن يكون بلفظ الإنكاح أو التزويج وسبق أن القول الراجح ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله ودلّت عليه النصوص من أن المعتبر المعنى حتى حديث الواهبة نفسها ببعض ألفاظ البخاري: «ملكتكها بما معك من القرآن». ظاهر كلام المؤلف هنا كألفاظ عقد البيع وغيره يدل على أن حتى النكاح يصح بالمعنى دون اللفظ وألفاظ الطلاق مثلها ما دلّ على المعنى فإنه يثبت به الطلاق، لكن سبق في الفقه أن الفقهاء يقسمون ألفاظ الطلاق إلى قسمين: صريح وكناية. لكننا ذكرنا هناك أن هذه الكنايات قد تكون صريحة) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (الصحيح أنه يأتي به بلغته لأن هذا لا يتعبد بلفظه فليس كالقرآن ولأن القرآن كلام الله لو ترجمناه لخرج من كونه كلام الله لأنه تكلم به بغير اللغة العربية، بخلاف التسبيح والدعاء وما أشبهه.
سؤال: إذا عجز عن أداء الأذان باللغة العربية؟ يأتي بمسجل ويضعه أمام المكرفون، مع أن الظاهر لي والله أعلم أن الأقرب أن نلاحظ معنى العبادة وهو أن يؤذن بلغتهم. مع أن في الظاهر لي أن غير العرب يستطيعون الكلمات هذه باللغة العربية. وأما إذا كان الإنسان بين قوم يعرفون اللغة العربية وغير اللغة العربية فإنه يجب أن يخطب باللغة العربية. وإذا كان بعضهم يعرف والبعض لا يعرف فإنه يخطب بهما جميعاً بالعربية للعرب وبغير العربية لغير العرب) ا.هـ

على وجهين.

ومنها: خطبة الجمعة لا تصح مع القدرة بغير العربية على الصحيح، وتصح مع العجز.

ومنها: لفظ النكاح ينعقد مع العجز بغير العربية ومع القدرة على التعلم؛ فيه وجهان[1].

ومنها: لفظ اللعان، وحكمه حكم لفظ النكاح[2].

---

(١) **ابن عثيمين:** (أنا أرى الصحيح أن عقد النكاح ينعقد بالعربية وغير العربية كما سبق في العقود لكن بشرط أن يكون معلوماً لدى المتعاقدين والشهود. فإذا جاء إنسان يعرف اللغة الإنكليزية وزوّج شخصاً باللغة الإنكليزية والشخص يعرف والشهود يعرفونها فالصحيح أنه يصح، وإن اشتراط العربية بالعقود كلها ليس بصحيح) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (والخلاف فيه كما في النكاح واللعان: إذا رمى إنسان زوجته بالزنى فإما أن تُقر أو تُنكر. إن أقرت أقيم الحد عليها، وإن أنكرت فإننا نطالب هذا الرجل إما بإقامة الشهود وإما بالجلد. فإن لم يقم الشهود ولم يستهم الجلد عدلنا إلى اللعان، فيؤتى بالرجل والمرأة فيقول الرجل أشهد بالله قد زنت ويُعيّنها ثم يقول في الخامسة ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين «عليه» بضمير المتكلمة ولكن لما كان التحديث عن غائب جاءت لفظ عليه، وكذلك هي تقول أشهد بالله لقد كذب فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة وأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. هذا هو اللعان وسمّي لعاناً من باب التغليب وإلا فهو بالنسبة للزوج لعناً وبالنسبة للمرأة غضب) ا.هـ

القاعدة الحادية عشرة

من عليه فرض، هل له أن يتنفل قبل أدائه بجنسه أم لا[١]؟

هذا نوعان:

أحدهما: العبادات المحضة؛ فإنْ كانت موسّعة؛ جاز التنفل قبل أدائها؛ كالصلاة بالاتفاق[٢]، وقبل قضائها أيضاً؛ كقضاء رمضان على الأصح، وإنْ كانت مضيّقة؛ لم تصح على الصحيح[٣]، ولذلك صور:

منها: إذا تضايق وقت المكتوبة؛ هل ينعقد التنفّل المطلق[٤] حينئذ؟

على وجهين.

ومنها: من عليه صلاة فائتة؛ هل يصح التنفّل المطلق[٥] قبل قضائها؟

على وجهين؛ لأنّ قضاء الفوائت على الفور.

ومنها: إذا شرع في التنفّل بعد إقامة الصلاة المكتوبة؛ فهل تصح؟

---

(١) **ابن عثيمين**: (أولاً عرفوا قول المؤلف بجنسه وأن له أن يتنفل بغير جنسه بلا إشكال. فمن عليه فرض صلاة يجوز أن يتطوع بالصدقة ومن عليه فرض زكاة يجوز أن يتطوع بالصلاة، لكن الكلام أن يتطوع بجنسه قبل أداء الفرض هذا هو محل هذه القاعدة) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (مثاله: دخل وقت الظهر فأراد الإنسان أن يتطوع بعدة ركعات يجوز سواءً أطال أم قصّر) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (أما إن كانت مضيقة بحيث لم يبق من وقتها إلا مقدار فعلها فإن التنفل لا يجوز حينئذٍ) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين**: (الصواب حذب «المطلق» يعني هل ينعقد التنفل سواءً كان مطلقاً أم مقيداً كالراتبة مثلاً رجل قام بصلاة الظهر وكان الوقت ضيق لا يستوعب أكثر من صلاة الفريضة هل يجوز أن يصلي الراتبة التي قبلها أم لا؟ قال المؤلف فيه وجهان: وهذا في غير الذي لم يقم إلا وقد ضاق الوقت فإنه يصلي الراتبة، وذلك لأن الوقت في حق النائم يكون حين استيقاضه لأن النبي ﷺ قال: «من نام عن صلاة ونسيها فليصلها إذا ذكرها» ولكن هذا الذي ذكره المؤلف في حق رجل متهاون في الصلاة ومستيقظ ففي هذه الحالة نقول: لا يصح منك تطوع، حتى النافلة ما تصليها لأن الوقت بحقظ ضيق) ا.هـ

(٥) **ابن عثيمين**: (احترازاً من النفل المقيد كالراتبة فإنها تصح وقد دل على ذلك النص بحيث أن الرسول ﷺ قال: «حين نام عن صلاة الصبح حتى طلعت الشمس أمر بلالاً فأذن ثم صلّى ركعتين سنّة الفجر ثم صلّى الفجر» فهذا المقيد يصلي قبل القضاء ولا حرج) ا.هـ

على وجهين؛ لأن الجماعة واجبة[١].

ومنها: صوم رمضان لا يصح أن يصوم فيه عن غيره، فإن فعل؛ لم يصح عن نفله، وهل ينقلب عن فرضه؟

ينبني على وجوب نية التعيين[٢].

ومنها: إذا حج تطوعاً قبل حجة الإسلام؛ لم يقع عن التطوع، وانقلبت عن حجة الإسلام على المذهب الصحيح[٣].

---

(١) **ابن عثيمين:** (لما أقيمت الفريضة صار الوقت مضيقاً بالنسبة للنفل لأن الجماعة واجبة ولكن الجماعة على المذهب تدرك بتكبيرة الإحرام قبل سلام الإمام وعلى هذا إذا كان يمكنه أن يكمل هذه النافلة قبل أن يسلم الإمام فإنه يكملها إذا استطاع ان يكبر قبل أن يسلم الإمام فإنه قد أدّى الواجب وقال بعض العلماء: إذا كان يخشى أن تفوته ركعة من الصلاة فإنه لا يجوز له أن يكملها لأن صلاة الجماعة لا تدرك إلا بركة وهذا هو الصحيح من حيث القواعد لكن يبقى النظر في حديث أبي هريرة: «إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة» فهل المراد لا صلاة ابتداءً، أو لا صلاة مطلقاً. ابتداءً واستمراراً؟ اختلف في هذا أهل الحديث فمنهم من قال لا صلاة ابتداءً، لأن الإقامة إنما كانت لهذه الصلاة المعنية فلا تصلى غيرها ويستأنس لذلك بما جاء في مسند الإمام أحمد: «فلا صلاة إلا التي أقيمت» قالوا هذا يشير لما كانت الإقامة لهذه الصلاة فإنك لا تشرع بصلاة أخرى بخلاف فيما إذا كنت قد شرعت بصلاة فلا تقطعها واستدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓا۟ أَعْمَٰلَكُمْ﴾ وعندي في هذه المسالة أن الأقرب والله أعلم أنك لو كنت قد صليت ركعة كاملة فأتمها خفيفة وإن كنت في الركعة الأولى فإنك تقطعها، استناداً لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة» فإن هذا المتطوع قد أدرك ركعة مأذون فيها قبل الإقامة فيكون كأنه أدركها كلها قبل الإقامة، وإلا فإنه يقطعها أحوط لأن الحديث «لا صلاة» قد يقال أنه عامّ ثم نقول إن اشتغال الإنسان بالواجب أفضل من اشتغاله بالتطوع لأن جزءاً من الفريضة أفضل من التطوع كما جاء في الحديث القدسي: «ما تقرب إلي عبدي بشيءٍ أحبّ إليّ مما افترضته عليه») ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (هذا لا شك أنه لا يصح النفل؛ لأن الوقت مضيّق، فلو أن الإنسان صام نفلاً في شهر رمضان ما صح النفل، لكن هل ينقلب إلى فرض وقد نواه نفلا؟

قال: «ينبني على وجوب نية التعيين»، أي تعيين النية، والصواب بلا شك أن التعيين واجب، وعلى هذا؛ فلا يصح نفلاً ولا فرضاً.

صوم غير رمضان لا يصح في رمضان أبدا، سواء كان فرضا أو نافلة، لأن الوقت مخصص له) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (هذا مضيق باعتبار أن الحج لا بد أن يبدأ بفرضه قبل نفله، ولكن هنا يقول: إنه ينقلب عن الواجب؛ لأن الحج يختلف عن غيره، يجوز فيه قلب النية؛ حتى إذا حج عن غيره ولم يحج عن نفسه، ولبى عن غيره واكمل الحج عن غيره، يكون الحج له مع أن النية من أولها إلى آخرها عن الغير، أو لو نوى نفلا بهذا الحج -وهو ما أدى الفريضة- من أوله إلى آخره؛ انقلب إلى فريضة؛ لأن الحج في الحقيقة يختلف عن غيره من عدة وجوه.

حديث ابن عباس: أن رسول الله ﷺ سمع رجلا يقول: «لبيك عن شبرمة. فقال النبي عليه الصلاة والسلام: من شبرمة؟ قال: قريب لي أو أخ. قال: أحججت عن نفسك؟ قال: لا. قال: حج عن نفسك، ثم حج عن شبرمة») ا.هـ

ومنها: لو حج عن نذره أو عن نفل وعليه قضاء، حجه فاسدة؛ وقعت عن القضاء دون ما نواه على المذهب أيضاً، فأما إن تنفل بالحج بعد قضاء حجة الإسلام وقبل الاعتمار أو بالعكس؛ فهل يجوز أم لا؟

قال في «التلخيص»[(١)]: ينبني على أن النسك هل هو على الفور أم لا، فإن قلنا: على الفور؛ لم يجز، وإلا جاز، وفيه نظر[(٢)].

وأما الزكاة؛ فقال الأصحاب: يصح أن يتنفّل بالصدقة قبل أدائها؛ وإن كانت على الفور.

وكذلك نص أحمد في رواية مهنأ فيمن عليه زكاة ونذر لا يبالي بأيهما يبدأ وهذا إذا كان ماله يتسع لهما، فأما إن لم يتسع؛ فسنذكره[(٣)].

النوع الثاني: التصرفات المالية؛ كالعتق والوقف والصدقة والهبة؛ إذا تصرف بها وعليه دين، ولم يكن حجر عليه؛ فالمذهب صحة تصرفه وإن استغرق ماله في ذلك[(٤)]، واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله: أنه لا ينفذ شيء من ذلك مع مطالبة الغرماء، وحكاه قولا في المذهب[(٥)]، ويمكن تخريجه في المذهب من أصلين[(٦)]:

---

(١) الراجح أنّه «التلخيص» للفخر ابن تيمية، وهو مفقود.

(٢) **ابن عثيمين:** (لا شك أن فيه نظر، والصحيح أنه يجوز أن يتنفل بالعمرة من عليه فريضة الحج، وأن يتنفل بالحج من عليه فريضة العمرة، لأنهما وإن كانا من جنس واحد كلها نسك لكن أفعالهما تختلف، وزمنهما يختلف؛ فلا يضيق هذا على هذا) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (رجل عليه زكاة؛ فهل له أن يتصدق قبل إخراجها؟
هذا جائز؛ لأنه إن قلنا: إن الزكاة على التراخي ووقتها موسع؛ فالأمر ظاهر، وإن قلنا: هي على الفور؛ فإنه أيضاً جائز؛ لأنها غير موقتة بوقت محدد بأوله وآخره كالصلاة، كل هذا إذا كان ماله يتسع للزكاة والصدقة، أما إذا لم يتسع؛ فسيذكره) ا.هـ

(٤) انظر «أعلام الموقعين» (٤/ ٨-٩).

(٥) «الاختيارات الفقهية» (١٧٩).

(٦) **ابن عثيمين:** (التصرفات المالية؛ كالعتق والوقف والصدقة والهبة؛ إذا تصرف فيها الإنسان وعليه دين، إذا كان الدين لا يستغرق ماله؛ فالتصرف صحيح، وإذا كان الدين يستغرق ماله؛ فإما أن يحجر عليه، وإما أن لا يحجر، فإن حجر عليه (أي: منع من التصرف بواسطة القاضي)؛ فإن تصرفه لا يصح لأنه محجور عليه، وإن لم يحجر عليه وكان دينه مستغرقاً؛ فالمذهب أن تصرفه صحيح لأنه حر في ماله، واختار شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله أنه لا يصح مع مطالبة الغرماء، وهذا أصح؛ لأنهم لما طالبوه تعلق به حق الغرماء، مثاله: شخص عليه عشرة آلاف ريال دين، وما عنده إلا هذا العبد الذي يساوي عشرة آلاف ريال فقط، فأعتقه مع مطالبة الغرماء بديونهم؛ فعلى المذهب يصح لأنه ما حجر عليه، وعلى رأي شيخ الإسلام ما يصح، ورأي الشيخ -أي ابن رجب- أصح) ا.هـ

أحدهما: ما نص عليه أحمد رحمه الله في رواية حنبل[١] فيمن تبرّع بماله بوقف أو صدقة وأبواه محتاجان: أن لهما ردّه، واحتج بالحديث المروي في ذلك[٢].

والثاني: أنه نص في رواية أخرى على: أنّ من أوصى لأجانب وله أقارب محتاجون أن الوصية ترد عليهم.

فتخرج من ذلك أن من تبرع وعليه نفقة واجبة لوارث أو دين ليس له وفاء: أنه يرد، ولهذا يباع المدبر في الدين خاصّة على رواية [٣].

ونقل ابن منصور عن أحمد فيمن تصدّق عند موته بماله كله، قال: هذا مردود، لو كان في حياته؛ لم أجوز له إذا كان له ولد [٤].

---

(١) هو حنبل بن إسحاق بن حنبل، ابن عم الإمام أحمد (ت٢٧٣هـ).

(٢) لفظ الحديث هو: (تقرب رجل بمال من مال نفسه عن أبيه فجاء أبوه رسول الله ﷺ فاعلمه ذلك فارسل إليه أن رد على أبيك ما حبست عنه، فإنّك ومالك كسهم في كنانته) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٨٢٥٧)، وابن عدي في «الكامل» (٢/ ١٩٢)، والخطيب في «تالي التلخيص» (٣١٠)، واستنكره ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤٧٠)، وعلّته الحارث بن عبيدة الحمصي فإنه ضعيف باتفاق ولا يحتج بروايته إذا انفرد.

(٣) **ابن عثيمين**: (المدبر: هو العبد الذي علّق عتقه بعد موت صاحبه، يقول: إذا متّ فأنت حر، فإذا مات وعليه دين؛ فإننا نقدم الدين على التدبير؛ نبيع المدبر ونوفي الدين) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين**: (إحدى الروايتين عن أحمد: أنه لا يجوز التصدق بجميع ماله إذا كان له ولد؛ لأنه يدع واجباً لتطوع. ولكن الرواية الثانية عن أحمد جواز ذلك، وقد فعل ذلك أبو بكر؛ فتصدق بماله كله، فإذا علم الإنسان من نفسه أنه سيحصل لأولاده ما يجب لهم ووثق بما عند الله؛ فإنه يجوز أن يتصدق بماله كله، ولكن الأفضل أن لا يتصدق بزائد عن الثلث، ولهذا لما أراد كعب بن مالك أن يتصدّق بماله، أو أبو لبابة بن المنذر أن يتصدق بماله بتوبة الله عليه؛ قال له رسول الله عليه الصلاة والسلام: «أمسك عليك بعض مالك») ا.هـ

قلت: أما حديث كعب بن مالك فمتفق عليه، وأما حديث أبو لبابة فرواه مالك في الموطأ وأبو داود وأحمد وهو حديث صحيح.

القاعدة الثانية عشرة

المذهب أن العبادات الواردة على وجوه متنوعة يجوز فعلها على جميع تلك الوجوه الواردة فيها من غير كراهة لبعضها؛ وإن كان بعضها أفضل من بعض، لكن هل الأفضل المداومة على نوع منها، أو فعل جميع الأنواع في أوقات شتى؟

ظاهر كلام الأصحاب الأول(١).

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله الثاني(٢)؛ لأن فيه اقتداء بالنبي ﷺ في تنوعه.

وقال ابن عقيل في صلاة الخوف: إنها تنّوعت بحسب المصالح؛ فتصلّى في كل وقت على صفة تكون مناسبة له(٣).

وهل الأفضل الجمع بين ما أمكن جمعه من تلك الأنواع أو الاقتصار على واحد منها؟

هذا فيه نزاع في المذهب، ويندرج تحت ذلك صور:

منها: مسح الأذنين، المذهب أنه يستحب مسحهما مرة واحدة؛ إما مع الرأس، أو بماء

---

(١) **ابن عثيمين:** (هذه القاعدة مهمة: العبادات الواردة على وجوه منوعة نحن أمامها بين أمور ثلاثة: إما أن نجمعها في آن واحد، وإما أن نقتصر على نوع منها دائما، وإما أن نفعل بعضها مرة وبعضها مرة، المؤلف لم يذكر إلا وجهين فقط، وهما:

١. إما أن نجمعها في آن واحد.

٢. وإما أن نقتصر على نوع منها دائماً.

٣. وإما أن نفعل بعضها مرة وبعضها مرة.

الأولى: أن نفعل هذا مرة وهذا مرة.

والثانية: أن نقتصر على واحد منها ونداوم عليه.

مع أن الاحتمال الأول وارد، وهو أن نجمعها) ا.هـ

قلت: انظر كلام مهم لابن القيم في «جلاء الأفهام» (٤٥٣).

(٢) انظر «القواعد الكلية» لشيخ الإسلام (١٠٠-١٠١) وهو مطبوع باسم «القواعد النورانية الفقهية» و«مجموع الفتاوى» (٢٢/ ٣٣٥).

(٣) **ابن عثيمين:** (كلام شيخ الإسلام هو الصحيح، وهو أن تفعل هذا تارة وهذا تارة؛ لأنك لو اقتصرت على واحد منهما تركت السنة في الثاني، وأما ما ذكره ابن عقيل في صلاة الخوف؛ فهو صحيح أيضا، وهو أن تنوعها في السنة بناء على أن هذا أنفع وأصلح للجيش؛ فتنوع بحسب المصالح، ولكن لا تخرج عن المشروع) ا.هـ

أما تجديد الماء فقد ورد فيه حديث رواه الحاكم البيهقي في الخلافيات ورجح الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير ضعف هذه الرواية وكذلك الشيخ ناصر في «السلسلة الضعيفة».

جديد، ولا يسن الجمع بينهما، وحكي عن القاضي عبد الوهاب بن جلبة قاضي حرّان: أن الأفضل الجمع بينهما؛ عملا بالحديثين[(١)(٢)].

ومنها: الاستفتاح؛ فالمذهب أن الأفضل الاستفتاح بسبحانك اللهمّ[(٣)] مقتصراً عليه.

واختار ابن هبيرة[(٤)] أن الجمع بينه وبين الاستفتاح بوجهت وجهي أفضل، وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله أنه يستفتح كذلك[(٥)]، ولكن ورد في الجمع أحاديث متعددة، وفيها ضعف، وبتقدير ثبوتها؛ فلا تكون المسألة من هذا القبيل[(٦)].

---

(١) هو القاضي عبدالوهاب بن أحمد بن عبدالوهاب بن جلبة البغدادي ثم الحراني (قتيل الرافضي سنة ٤٧٦هـ) قتله الروافض صلباً.
له عدّة مؤلفات منها: (اختصار المجرّد) (النظام بخصال الأقسام) (جزء في أدب الفقه) وهذهِ المسألة التي ذكرها ابن رجب ذكرها في «ذيل طبقات الحنابلة» (١/ ٤٣) وقد نقله عن شرح العمدة لشيخ الإسلام (الطهارة) وهو فيه (١/ ١٩١).

(٢) **ابن عثيمين**: (مسح الأذنين، الصحيح أنك تمسحهما بما فضل من الراس ولا تجدد، لكن على القول بأن التجديد وارد عن النبي عليه الصلاة والسلام؛ هل الأفضل أن تجدد مرة ولا تجدد مرة أخرى؟
هذا هو الأفضل بناء على ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، أو الأفضل أن تأخذ دائما، تجدد الماء؛ كما هو المذهب أخذ ماء جديد للأذنين، أو الافضل أن تجمع بينهما وتمسح الرأس، ثم تمسح الأذنين بما فضل، ثم تأخذ ماء جديداً، ثم تمسح الأذنين.
يقول المؤلف: على رأي القاضي الحراني: إنك تجمع بينهما، ويرى أن هذا جمع بين الدليلين، وليس كذلك؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام لم يكن يفعل ذلك، ما فعلهما جميعاً، فإما أن نصحح حديث تجديد الماء ونقول: إنه من باب تنوع العبادات، وإما أن نضعفه ونقول: إنك لا تجدد مطلقا) ا.هـ

(٣) قصده بسبحانك اللهمّ مثل أن نقول لشخص اقرأ ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ۝﴾ ليس فقط الآية هذه «سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك واسمك وتعالى جدك ولا إله غيرك».

(٤) «الإفصاح عن معاني الصحاح» (١/ ٢٧٥-٢٧٨) لابن هبيرة الوزير (ت٥٦٠هـ).

(٥) انظر مجموع الفتاوى (٢٢/ ٤٠٤).

(٦) **ابن عثيمين**: (الاستفتاح ورد على وجوه متعددة، الأفضل أن تستفتح على المذهب بسبحانك اللهم وبحمدك، هذا الذي اختاره الإمام أحمد رحمه الله، ومشى عليه أصحابه.
قلت: ابن القيم في زاد المعاد (١/ ٢٠٥-٢٠٦) ذكر أن هناك عشرة أوجه ولكنه ذكر ستة أوجه ترجحه على غيره، ولكن الصحيح خلاف ذلك، الصحيح أنك تستفتح بهذا وتستفتح بهذا؛ لحديث أبي هريرة: «اللهم باعد بيني وبين خطاياي».
وحديث أبي هريرة يدل على أن الرسول عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين الاستفتاحات؛ لأنه سئل ماذا نقول؟ فقال: «اللهم باعد بيني وبين خطاياي»، ولو كان يقول شيئاً آخر؛ لبينه) ا.هـ

ومنها: إجابة المؤذن؛ هل يشرع فيها الجمع بين الحيعلة والحوقلة، أم لا؟ وكذا في التثويب في الفجر؟[١]

فيه وجهان[٢].

ومنها: سنة الجمعة[٣] بعدها نقل إبراهيم الحربي[٤] عن أحمد رحمه الله: أنه قال: أمر النبي ﷺ بأربع ركعات، وصلى هو ركعتين؛ فأيهما فعلت فحسن، وإن أردت أن تحتاط؛ صليت ركعتين وأربعاً؛ جمعت فعله وأمره. وهذا مذهب غريب لاستحباب الست، وأما الأصحاب؛ فلم يستندوا إلا إلى ما نقل عن بعض الصحابة من صلاته ست ركعات.

ومنها: ألفاظ الصلاة على النبي ﷺ في التشهد؛ فإنه قد ورد فيها: كما صليت على آل إبراهيم، وورد: كما صليت على إبراهيم؛ فهل يقال: الأفضل الجمع بينهما؟

فإن من الأصحاب من اختار الجمع بينهما، وقد يكون مستنده جمع الروايتين[٥]، وأنكر

---

(١) **ابن عثيمين:** (والصحيح أنه لا يجمع لأن جمعها بعيد عن المعنى إذا كان المؤذن حي على الصلاة فإنه يدعوك فإذا قلت أنت حي على الصلاة دعوته كأن يقول ذلك تعال صلي في المسجد أنت تقول له تعال صلِ بالبيت فيتنافى بل نقول لا حول وقوة إلا بالله وكذلك التثويب الذي هو قول الصلاة خير من النوم وسمي تثويب من الثوب وهو الرجوع كأن المؤذن رجع إلى الدعوة مرة أخرى والصحيح في التثويب أن تقول مثلما يقول فقط) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (والصحيح أنه لا يجمع؛ لأن جمعه بعيد من المعنى، المؤذن يقول: (حي على الصلاة)؛ فهو يدعوك، فإذا قلت أنت: (حي على الصلاة)؛ دعوته، فكأنه يقول: تعال صلِّ في المسجد، وتقول: تعال صلِّ في البيت فيتنافيا، ولهذا نقول: إنه يقول: (لا حول ولا قوة إلا بالله) فقط، وكذلك التثويب، وهو قوله: (الصلاة خير من النوم)، وسمي تثويباً من الثوب، وهو الرجوع؛ كأن المؤذن رجع إلى الدعوة مرة أخرى، والصحيح في التثويب أنك تقول كما يقول فقط، دون (لا حول ولا قوة إلا بالله)، ولا يوجد دعاء) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (سنة الجمعة كما قال الإمام أحمد رحمه الله أمر النبي عليه الصلاة والسلام أن يصلي الإنسان بعدها أربع ثبت عنه في قوله: «إذا صلى أحدكم الجمعة فليصلِ بعدها أربع»، وثبت في فعله ﷺ في حديث ابن عمر أنه كان يصلي ركعتين، فبماذا نعمل؟ نقول: إن اقتصرت على ركعتين فحسن وإن أربع فحسن وإن جمعت بينهما فحسن أيضاً لأنهُ قال جمعت بين فعله وأمره، فتكن ست ركعات ولكن شيخ الإسلام أتى بجمع آخر فقال: إن صليت في المسجد في مكانك فصلي أربع وإن صليت في بيتك فصلي اثنين فحمل أمر النبي عليه الصلاة والسلام على شيء وفعله على شيء وهو جمع حسن وقال بعضهم إن من فوائد ذلك إنك إذا صليت أربعاً في مكان فإن هذا لا يعاد أن تكون صليت ركعتين في هذا المكان تكميلاً للجمعة كأنها ظهراً فإذا صليت أربعاً زال هذا الإبهام وهذا إنما يتأتى إذا كانت الأربعة بتسليمة واحدة، أما إذا كانت بتسليمتين فلا تكن هذه العلة والله أعلم) ا.هـ

(٤) هو إبراهيم بن إسحاق الحربي (ت٢٨٥هـ) نقل عن أحمد مسائل كثيرة جداً.

(٥) انظر «الإفصاح» لابن هبيرة (١/ ٢٧٥) و«بدائع الفوائد» لابن القيم (٣/ ٩٢) (٤/ ٩١).

الشيخ تقي الدين رحمه الله ذلك[1]، وقال: لم يبلغني فيه حديث مسند ثابت بالجمع بينهما، ولا يصح أن يجمع بين الروايتين؛ لأنه كان يقول هذا تارة وهذا تارة؛ فأحد اللفظين بدل عن الآخر، ولا يصح الجمع بين البدل والمبدل[2]. كذا قال[3]، وقد ثبت في «صحيح البخاري»[4] الجمع بينهما من حديث كعب بن عجرة، وأخرجه النسائي من حديث كعب أيضاً ومن حديث طلحة.

---

(١) كلام شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى (٢٢/ ٤٥٤-٤٥٧)، وتابعه على هذا الرأي تلميذه ابن القيم كما في «جلاء الأفهام» (٤١٩)، رغم أنّ ابن القيّم أثبت هذه الصيغة في كتابه «الصلاة وحكم تاركها» (٢١٧)، فهل هي منه أم من النُساخ؟ وقد ردّ ابن حجر في الفتح (١١/ ١٦٣-١٦٤) كما ردّ الشيخ ناصر رحمه الله في «صفة الصلاة» (١٣٠).

(٢) وهذا تعليل للطيبي وبعض أهل العلم.

(٣) **ابن عثيمين:** (قال ابن رجب رحمه الله تعقيباً على شيخ الإسلام ابن تيمية، العلماء إذا نقلوا كلام شخص من أهل العلم قالوا: (كذا قال) يسمون هذا تعقيباً يعني أن الناقل لم يرتض ما قاله المنقول عنه وهو كذلك فإن الحديث ثابت في صحيح البخاري وأظنه في كتاب الأنبياء، من حديث كعب بن عجرة أن الرسول ﷺ جمع بينهما: «اللهم صلِ على محمد وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم» والخلاف في الخيرة أما الأولى فلا خلاف فيها.
شيخ الإسلام يقول: كما صليت على إبراهيم إنك حميد مجيد أو كما صليت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد ولا تجمع بينهما بناءً على أنه لم يبلغه الحديث ولكن ثبت في البخاري الجمع بينهما مع الإفراد وقد ورد مفرداً ومجموعاً وعلى هذا لن يكون من هذه القاعدة لورود النصوص في الجمع بينهما حينئذ نقول أيهما أفضل أن نجمع بينهما أو أن نفرد واحد عن الآخر؟ بثبوت الجمع وهو الزيادة فإننا نأخذ بالزيادة وفي هذا دليل على قصور الإنسان مهما بلغ في العلم لكن فيما يظهر أن النسخة التي بيد شيخ الإسلام ابن تيمية يمكن أنه سقطت منها إمّا من النساخ وهو الغالب وإلا فإنه يبعد أن شيخ الإسلام رحمه الله يخفى عليه وجود مثل هذا في صحيح البخاري) ا.هـ

(٤) البخاريُّ (٦٣٥٧) عن كعب بن عجرة، وأخرجه كذلك النسائيُّ في المجتبى (٣/ ٤٨)، وفي الكبرى (١٢١٢).

القاعدة الثالثة عشرة

إذا وجدنا أثرا معلولاً لعلة، ووجدنا في محله علة صالحة له، ويمكن أن يكون الأثر معلولا لغيرها، لكن لا يتحقق وجود غيرها؛ فهل يحال ذلك الأثر على تلك العلة المعلومة أم لا؟

في المسألة خلاف، ولها صور كثيرة قد يقوى في بعضها الإحالة وفي بعضها العدم؛ لأن الأصل أن لا علّة سوى هذه المتحققة، وقد يظهر في بعض المسائل الإحالة عليها؛ فيتوافق الأصل والظاهر، وقد يظهر الإحالة على غيرها؛ فيختلفان.

فمن صور تلك المسألة: ما إذا وقع في الماء نجاسة، ثم غاب عنه، ثم وجده متغيراً؛ فإنه يحكم بنجاسته عند الأصحاب إحالة للتغيير على النجاسة المعلوم وقوعها فيه، والأصل عدم وجود مغير غيرها.

وخرج بعض المتأخرين فيه وجها آخر: أنه طاهر من مسألة الصيد الآتية.

والأولى أولى[1]؛ لأن الأصل طهارة الماء؛ فلا يزال عنها بالشك[2].

---

(١) ابن عثيمين: (الصحيح بدل «الأولى أولى» يقال: «والأولى») ا.هـ

(٢) ابن عثيمين: (معنى (معلولا لعلة): يعني أثراً سببه ظاهر، وجدنا هذا الأثر وسببه معلوم، ووجدنا في محله علة صالحة له، العلة الثانية يعني في نفس المحل، ويمكن أن يكون الأثر معلولاً لغيرها، لكن لا يتحقق وجود غيرها؛ فهل يحال الأثر على تلك العلة المعلومة أم لا؟

فيه خلاف، مثاله: ماء سقطت فيه نجاسة شاهدناها، النجاسة علة معلومة للتنجيس، تركنا هذا الماء ثم جئنا بعد مدة ووجدناه متغيراً، لكن هذا التغير يحتمل أنه من النجاسة التي كانت معلومة عندنا، ويحتمل أنه من شيء آخر طارئ غير النجاسة؛ هل نحيل الحكم على العلة المعلومة لنا وهي النجاسة، أو تحيل الحكم على العلة الثانية التي يحتمل أن تكون هي المؤثرة؟ فيه خلاف.

يقال بوجه عام: إذا وقع في الماء نجاسة، ثم غاب عنه، ثم وجده متغيراً؛ فإنه يحكم بنجاسته عند الأصحاب؛ إحالة للتغير على النجاسة المعلوم وقوعها فيه، يعني إحالة للحكم على السبب المعلوم الذي هو النجاسة، والأصل عدم وجود مغير غيرها.

مثال آخر: روث حمار سقط في ماء وما تغير، فوجدناه بعد مدة متغيراً بروث، ولكن ما ندري هو روث الحمار الذي علمناه أو أنه روث بعير -وهو طاهر-؛ فهل نقول: إن الأصل لم يتغير إلا بالعلّة المعلومة؛ فعلى هذا يكون نجسا، أو نقول: يمكن أن يكون متغيراً لعلّة أخرى، وهي روث البعير، وهي طاهرة؛ فيكون طاهراً.

المذهب عند الأصحاب: يحال الحكم على العلة المعلومة؛ لأن الأصل عدم وجود غيرها.

بعض المتأخرين خرّج وجهاً آخر من مسألة الصيد، وهي أن الإنسان إذا رمى صيداً وغاب عنه ووجده بعد يوم أو يومين ميتاً وليس فيه إلا أثر سهمه؛ يكون حلالاً، مع ورود احتمال أنه مات بغير السهم؛ فمن الممكن أن يكون هذا الطائر لما عجز عن الطيران بسبب السهم مات من الجوع أو من الظمأ؛ فيكون حراما، لكننا نحيله على السبب المعلوم، ولكن لو وجدته غريقاً في الماء؛ هل يحل أم لا؟

=

ومنها: ما إذا وجد من النائم قبل نومه سبب يقتضي خروج المذي منه من تفكر أو ملاعبة ونحوهما ثم نام واستيقظ ووجد بللاً لم يتيقنه منياً، ولم يذكر حلماً؛ فإن المنصوص عن أحمد رحمه الله: أنه لا غسل عليه؛ إحالة للخارج على السبب المتقين، وهو المقتضي لخروج المذي؛ لأن الأصل عدم وجود غيره، وقد تيقن وجوده.

وحكي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى بوجوب الغسل[١].

ومنها: لو جرح صيداً جرحاً غير موح، ثم غاب عنه ووجده ميتاً ولا أثر فيه غير سهمه؛ فهل يحل أكله؟

على روايتين:

أصحهما: أنه يحل؛ لحديث عدي بن حاتم[٢].

والثانية: لا يحل؛ لقول ابن عباس رضي الله عنهما: «كل ما أصميت، ودع ما أنميت»[٣]، ولذلك تسمى مسألة الإصماء والإنماء.

وفيه رواية ثالثة: إن غاب عنه ليله لم يحل، وإلا؛ حل.

وفيه حديث مرفوع، وفيه ضعف[٤]، وعلل بأن هوام الليل كثيرة؛ فكأن الظاهر هنا وهو

لا يحل؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام قال: «لا تدري الماء قتله أم سهمك؟»، لكن إذا علمت أن الذي قتله سهمك؛ فهذا يحل؛ لأن التعليل الذي علل به الرسول ﷺ قد زال، ومسألة الصيد ستأتي إن شاء الله.

وفيه أيضا وجه آخر خرجه بعض المتأخرين؛ قال: إن الأصل طهارة الماء؛ فلا تزول بالشك، لكن الأصل أنه ما تغير إلا بما هو معلوم) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين**: (الأصل عدم وجوب الغسل؛ فلا يجب إلا بيقين، والاحتياط أن تغسل ما أصابك منه؛ لاحتمال أن يكون مذياً، وتغتسل لاحتمال أن يكون منياً؛ فتجمع بين الأمرين، أما إذا وجد سبب ظاهر يمكن إحالة الحكم عليه، مثل أن يتقدم نومه مداعبة أو تفكير، ثم ينام على ذلك ولا يذكر احتلاماً في نومه؛ فإن الحكم يحال على ما تيقنه؛ فيجب عليه أن يغسل ما أصابه ويغسل ذكره وأنثييه، ولا يجب عليه الغسل إحالة على هذا السبب المعلوم، أما إذا تيقنت أنه مني؛ فالأمر ظاهر، يجب عليه أن يغتسل لأنه تيقنه، وقد ينام الإنسان ويحتلم ولا يذكر احتلاماً، والشارع علّق الحكم على رؤية الماء) ا.هـ

(٢) حديث عدي بن حاتم رواه البخاري (٥٤٧٦)، ومسلم (١٩٢٩) ولفظه: (سألت النبي ﷺ قال: إذا أرسلت كلبك المعلم، فقتل؛ فكل، وإذا أكل، فلا تأكل، فإنما أمسك على نفسه، قلت: أرسل كلبي فأجد معه كلباً آخر؟ قال: لا تأكل، إنما سمّيت على كلبك ولم تسم على كلب آخر).

(٣) هذا الأثر ذكره البيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ٢٤١) من طريقين موقوفاً وصححه، وورد مرفوعاً ضعّفه البيهقي، وكذا ضعفه ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٤/ ١٤٨٢).

(٤) يشير ابن رجب إلى الحديث الذي رواه عبدالرزاق في «مصنفه»، عن عائشة: «أن رجلاً أتى النبي ﷺ بظبي قد أصابه بالأمس، فقال: لو أعلم أنَّ سهمك قتله أكلته، ولكن لا أدري وهوام الأرض كثيرة» وهذا ضعيف ضعفه ابن حجر بعبد الكريم ابن أبي المخارق كما في «الدراية» (٢/ ٢٥٥).

وجود سبب آخر حصل منه الزهوق قوي على الأصل، وهو عدم إصابة غير السهم له[١].

ومنها: لو جرح المحرم صيداً جرحاً غير موح، ثم غاب عنه، ثم وجده ميتاً؛ فهل يضمنه كله أو أرش الجرح؟

على وجهين، وجزم بعض الأصحاب بضمان أرش الجرح فقط؛ لأنه المتيقن، والأصل براءة الذمة[٢].

ومنها: لو جرح آدمياً معصوماً جرحاً غير موح، ثم مات وادعى أنه مات بسبب غير سراية جرحه، وأنكر الولي؛ فالقول قول الولي مع يمينه، ولم يحك أكثر الأصحاب في ذلك خلافاً إحالة للزهوق على الجرح المعلوم.

وفي «المجرد»[٣]: أنه إن مات عقيب الجرح؛ فالقول قول الولي؛ وإن مات بعد مدة يندمل الجرح في مثلها، فإن قامت بينة بأنه لم يزل ضمناً من الجرح حتى مات؛ فكذلك، وإلا؛ فالقول قول الجاني.

---

(١) ابن عثيمين: (جرح صيداً جرحاً غير موح -أي: مميت-، ثم غاب عنه ووجده ميتاً ولا أثر له غير سهمه؛ فيأكله إعمالاً للسبب المعلوم والعلّة الظاهرة، وهو أنه لم يمت بغير هذا السهم، مع احتمال أنه مات بغيره، لكن الأصل أنه مات به؛ فيكون حلالاً؛ لحديث عدي بن حاتم رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا غاب عنك ولم تجد فيه إلا أثر سهمك؛ فكل إن شئت»، فأذن النبي عليه الصلاة والسلام أن يأكل إذا لم يجد فيه إلا أثر سهمه، وإن كان موحيا الجرح، فإنه أبلغ، ويكون حِلّه أوضح، وفيه الرواية الثانية عن أحمد: إذا قال أهل المذاهب رواية فهم يعنون عن إمام المذهب سواء الحنابلة أو غيرهم، لا يحل؛ لأثر ابن عباس الذي ذكره، ولكن هذه الرواية ضعيفة؛ لأنها مخالفة للحديث، وفي الرواية الثالثة التفصيل بأنه إن غاب عنك ليلة لم يحل، وإلا لو وجدته في نهارك حل، تعليل هذه الرواية يقول: لأنه في الليل تكثر الهوام، ربما أنه أصابه شيء من هذه الهوام؛ فمات به؛ فنحن في شك: هل مات بالسهم أو مات بهذه الهوام؛ فلا يحل، لكن هذا أيضاً ما دام الحديث الذي أشار إليه المؤلف ضعيفاً؛ فإننا نأخذ بالحديث الصحيح: حديث عدي بن حاتم، وهو أوسع وأيسر) ا.هـ

(٢) ابن عثيمين: (المُحرِم يحرم عليه الصيد، فلو جرح صيداً جرحاً غير موح، وغاب الصيد ثم وجده ميتاً؛ هل يضمنه أو يضمن أرش الجرح فقط، يضمنه كله؛ لأن الأصل أنه لم يمت إلا بسهمه، وأما الوجه الثاني؛ فإنه يقول: لا يضمنه؛ لأن الأصل براءة الذمة، وإن الإنسان لا يضمن إلا إذا تيقنّا سبب الضمان لكن هذا الأصل عورض بظاهر، وهو أن الظاهر أنه مات بهذا السهم، والصحيح أنه يضمنه، وعلى القول بأنه يضمن أرش الجرح فقط، نقول: هذا الصيد يساوي لو لم يكن مجروحاً خمسة دراهم، وإذا كان مجروحاً أربعة دراهم؛ فيكون الضمان الذي عليه درهماً واحداً، والله أعلم) ا.هـ

(٣) المجرد هو للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفرّاء (ت٤٥٨هـ) وهو من الكتب المفقودة.

وفيه وجه آخر: أن القول قول الولي[١].

ومنها: لو قال لأمته ولها ولد: هذا الولد مني؛ فهل يثبت بذلك استيلاد الأمة؟

على وجهين:

أحدهما: نعم؛ لأنا لا نعلم سبباً يتحقق به لحوق النسب هنا غير ملك اليمين، فيحال اللحوق عليه، فيستلزم ذلك ثبوت الاستيلاد في الأمة.

والثاني: لا؛ لاحتمال استيلاده قبل ذلك في نكاح أو وطء شبهة.

ومنها: لو ادعى رق مجهول النسب، فشهدت له بينة أن أمته ولدته ولم تقل في ملكه؛ فهل يحكم له به؟

على وجهين، رجّح الشيخ مجد الدين[٢] أنها إن شهدت أن أمته ولدته ونحو ذلك مما فيه إضافة الولد إلى الأمة المضافة إليه؛ حكم له بالولد، فإن لم يكن كذلك بأن شهدت أن هذا ولد هذه الأمة، وأن أمه ملك له؛ لم يحكم له بالولد.

ومنها: لو قال رجل: هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى؛ فهو ابن الرجل[٣]، وهل ترجّح زوجته على الأخرى؟[٤]

---

(١) ابن عثيمين: (الصواب الأول إحالةً للحكم على السبب المعلوم؛ فهذا إنسان جرح شخصاً جرحاً غير قاتل، ثم إن هذا الرجل المجروح مات، فادعى ولي المقتول أنه مات بهذا الجرح، وادعى الجارح أنه مات بسبب آخر؛ فالقول قول الولي؛ لأن لدينا سبباً معلوماً، والسبب الثاني غير معلوم، والأصل عدمه، ومثل ذلك لو أن أحداً أكّل سماً ثم نام ومات، وادعى الأولياء أنه من السم الذي أسقيه، وقال الساقي للسم: ﴿ٱللَّهُ يَتَوَفَّى ٱلْأَنفُسَ حِينَ مَوْتِهَا﴾ [الزمر:٤٢] ربما مات هذا في منامه!! نقول: الأصل أنه من السم؛ لأنه هو السبب المعلوم، ومثل ذلك لو أن الأم استيقظت ووجدت جنينها في حضنها ميتاً؛ فنحيله عليها إحالةً للحكم على السبب المعلوم) ا.هـ

(٢) المقصود به عبدالسلام مجد الدين أبو البركات جد شيخ الإسلام ابن تيمية (ت٦٥٢هـ) صاحب المحرر والمنتقى.

(٣) ابن عثيمين: (لأن عندنا سبب ظاهر وهو الزوجية فيُقدم على ما ادعته المرأة الثانية من وطئ الشبهة ونحوه) ا.هـ

(٤) ابن عثيمين: (ادّعت زوجته هذا ابنه منّي وادعتهُ امرأة أخرى غير زوجته فهو ابن الرجل لأنه ادعى لكن هل يكون ابن زوجته أم ابن الأخرى؟ هذا رجل عنده واحدة وقال: هذا ابني من زوجتي، وقالت الزوجة: نعم هذا ابنه مني، فالآن الرجل ادعاهُ والمرأة ادعته، لكن دعوى المرأة حاربها دعوة أخرى قالت: لا هذا ابني أنا وهي ليست زوجته لكنه يراها وتقول أنه ابني منه يقول المؤلف: يكون لزوجته لأنه عندنا سبب ظاهر وهو الزوجية فيقدم على ما تحتمله دعوى المرأة الثانية من وطء الشبه ونحوه، وإن ظن أنها زوجته فوطئها فهو ابن له وابن لها أيضاً، وفي بعض الروايات الزوجية سبب للوطء فهي تقدم على وطء الشبه) ا.هـ

على وجهين:

أحدهما: ترجّح؛ لأن زوجها أبوه؛ فالظاهر أنها أمه.

والثاني: يتساويان؛ لأن كل واحدة منهما لو انفردت لأُلحقَ بها، فإذا اجتمعتا تساوتا[١]. ذكره في «المغني»[٢].

ومنها: لو باع أمة له من رجل، فولدت عند المشتري، فادعى البائع أنّه ولده، فصدّقه المشتري؛ أنها تصير أم ولد للبائع، وينفسخ البيع، نصّ عليه أحمد رحمه الله في رواية مهنا، وذكره أبو بكر، وذكر ذلك القاضي في «خلافه»[٣]، وتأوّله على أنه ادعى أنها ولدت في ملكه وصدقهنّ المشتري على ذلك.

ومنها: لو ولدت المطلقة الرجعية ولداً لا يمكن إلحاقه بالمطلق إلا بتقدير وطء حاصل منه في زمن العدة؛ فهل يلحق به الولد في هذه الحال أم لا[٤]؟

على روايتين، أصحهما لحوقه؛ لأنّ الفراش لم يزل بالكلية؛ فإحالة الحمل عليه أولى؛ كحالة صلب النكاح، وعلى هذا؛ فهل يحكم بارتجاعها بلحوق النسب؟

على وجهين، أصحهما وهو المنصوص: أنها تصير مرتجعة بذلك، وينبني على ذلك مسألة مشكلة في تعليق الطلاق بالولادة، ذكرها صاحب «المحرر» فيه.

---

(١) **ابن عثيمين:** (هذا يحتاج إلى مرجع آخر غير الزوجية) ا.هـ

(٢) المغني (٦/ ٤٥٨٢).

(٣) انظر «المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل» (٢/ ١٠١) وهو للمجد ابن تيمية المذكور سالفاً.

(٤) **ابن عثيمين:** (يعني أنها ولدت بأكثر من أربع سنين منذ فارقها ولأقل من أربعة سنين منذ انتهت العدة بناءً على أن أكثر الحمل أربع سنين، يعني امرأة طلقها زوجها طلقة رجعية مثلاً في الأول من محرم عام (١٤٠٠هـ) ثم ولدت في عاشر من محرم سنة (١٤٠٤هـ) إن نظرنا إلى الطلاق وجدنا أن المدة بين الطلاق ووضع الحمل أكثر من أربع سنين فلا يلحق الولد به وإذا نظرنا إلى مدة الرجعة وجدنا أن المدة بين الولادة وبين انتهاء العدّة أقل من أربع سنين فيلحق الولد به إذا ألحق الولد به فهل نقول أنا لمّا ألحقنا الولد لزم ذلك الحكم باسترجاعها لأنه لا ولد إلا من جماع والإنسان إذا جامع زوجته الرجعية كذلك رجعة على المذهب سواء نوى الرجوع أو ما نوى. المؤلف يقول فيه وجهان والذي يظهر أن الوطء لا يكون رجعة إلا بنيته إذا نوى أنه رجعة فهو رجعة وإلا فلا. هذا التحديد بناءً على المذهب أما إذا قلنا لا تحدد ممكن أن تبقى أربع سنين وخمس سنين إلى عشر سنين فلا يرد علينا هذا) ا.هـ

وأشكل توجيهها على الأصحاب؛ فقد أفردنا لها جزءً.

ومنها: أنه يجوز استيفاء الحق من مال الغريم إذا كان ثم سبب ظاهر يحال الأخذ عليه، ولا يجوز ذلك إذا كان السبب خفياً، هذا هو ظاهر المذهب؛ فيباح للمرأة أن تأخذ من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف؛ وللضيف إذا نزل بالقوم فلم يقروه أن يأخذ من أموالهم بقدر قراه بالمعروف؛ لأن السبب إذا ظهر لم ينسب الآخذ إلى خيانة، بل يحال أخذه على السبب الظاهر، بخلاف ما إذا خفي؛ فإنه ينسب بالأخذ إلى الخيانة[1].

ومنها: لو قال في مرضه: إن مت من مرضي هذا؛ فسالم حر، وإن برئت منه؛ فغانم حر، ثم مات، ولم يعلم؛ هل مات من المرض أو برئ منه؟

ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يعتق سالم؛ لأن الأصل دوام المرض وعدم البرء، ولأننا قد تحققنا انعقاد سبب الموت بمرضه وشككنا في حدوث سبب آخر غيره؛ فيحال الموت على سببه المعلوم.

والثاني: يعتق أحدهما بالقرعة؛ لأن أحد الشرطين وجد ظاهراً وجهل عينه.

والثالث: لا يعتق واحد منهما؛ لاحتمال أن يكون مات في مرضه ذلك بسبب حادث فيه من قتل أو غيره، فلم يمت من مرضه، ولم يبرأ منه؛ فلم يتحقق وجود واحد من الشرطين.

ومنها: لو أصدقها تعليم سورة من القرآن ثم طلقها ووجدت حافظة لها، وتنازعا: هل

---

(1) **ابن عثيمين**: (يجوز استيفاء الحق من الغريم إذا كان السبب ظاهراً، ولا يجوز إذا كان السبب خفياً، مثال السبب الظاهر: النفقة، يجوز للمرأة أن تأخذ من مال زوجها دون علمه لأجل أن تنفق على نفسها وأولادها، وقد أفتى بذلك رسول الله ﷺ؛ لأن السبب ظاهر، وهي أنها زوجته، وزوجته لا بد أن ينفق عليها، فإذا أخذت ما نسبت إلى الخيانة، ويحال السبب على الزوجية، وكذلك الضيف الذي لم يضيّف؛ فإنه يأخذ من طعامهم ما يكفيه؛ لأن السبب ظاهر، وهو أنه يستحق هذا الأكل للضيافة، أما إذا كان السبب خفياً؛ فلا يجوز، كما لو طلب زيداً مئة درهم -وكنت قد أقرضته هذا المبلغ-، فجحدك ولا بينة لك، فلا يجوز أن تأخذ ماله؛ لأن السبب خفي، غير ظاهر، هذه معاملة بينك وبينه، ولا نعلم أن هناك سبباً يقتضي أن تأخذ من ماله، وهذا هو القول الوسط.
والدليل على الأخذ إذا كان السبب ظاهراً حديث هند بنت عتبة: «أن الرسول عليه الصلاة والسلام أذن لها أن تأخذ من مال أبي سفيان»، وأما إن لم يكن السبب ظاهراً، فدليله قوله عليه الصلاة والسلام: «أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك») ا.هـ

علمها الزوج فبرئ من الصداق أم لا؛ فأيهما يقبل قوله؟

فيه وجهان، وخرج عليهما الشيخ تقي الدين رحمه الله مسألة اختلافهما في النفقة والكسوة مدة مقامها عند الزوج: هل كانت من الزوج أو منها[١][٢]؟

ومنها: لو ادعى صاحب الزرع أن غنم فلان نفشت فيه ليلاً، ووجد في الزرع أثر غنمه؛ قضي بالضمان على صاحب الغنم، نص عليه في رواية ابن منصور[٣]، وجعل الشيخ تقي الدين[٤] هذا وأشباهه من القيافة في الأموال، وجعلها معتبرة كالقيافة في الأنساب.

ويتخرج فيه وجه آخر: أنه لا يكتفي بذلك[٥].

---

(١) مجموع الفتاوى (٣٤/ ٧٧ فما بعدها).

(٢) **ابن عثيمين**: (رجل أصدق زوجته تعليم سورة الممتحنة وهذا يجوز لأن النبي قال: «زوجتك بما معك من القرآن» ولأن التعليم عمل، ولا يشترط عدم وجود المال في ذلك الوقت ثم طلقها، قالت: أعطني الصداق. فقد أعطيتك إياه. قالت: لا. قال: اقرئي سورة الممتحنة. فقرأتها، قال: هذا الصداق، أن تعلمي سورة الممتحنة وقد علمتيها. فقالت: إني تعلمتها من غيرك؛ فالأصل أنه هو الذي علمها، ويبرئ الزوج من الصداق.
وهناك وجه آخر في المسألة، يقول المؤلف هل الزوج برأ من الصداق أو لم يبرأ؟
وخرج شيخ الإسلام رحمه الله على هذين الوجهين مسألة أهم منهما، وهي: ما إذا ادعت المرأة أن زوجها لم ينفق عليها؛ فالأصل عدم الإنفاق لكن الظاهر الإنفاق، والمذهب يغلّبون الأصل، وعليه يلزم أن يدفع الرجل لزوجته النفقة كل هذه المدة، أما شيخ الإسلام؛ فيقول: هذا شيء لا يمكن أن تأتي به الشريعة، بل القول قول الزوج. ولو فتح الباب للناس وقيل: إن الزوجة لها الحق في أن تدّعي أن الزوج لم ينفق عليها في هذه المدة؛ كان في ذلك شر كثير، والصواب ما قاله ابن تيمية؛ لأن هذا هو الظاهر وهو أقوى من الأصل.
وإذا ثبت في المثال السابق أن الرجل لم يعلم المرأة السورة التي كانت صداقها؛ فيعلمها سورة أخرى غيرها مثلها، وإذا كانت بائنة؛ فيعلمها بوجود أحد محارمها ولا يخلو بها؛ إلا إن كان رجعية؛ فلا إشكال، وقد سبق أنه إذا كان الظاهرة أقوى من الأصل يقدم الظاهر على الأصل ومثله: رجل كبير حاسر الرأس يركض وراء إنسان مغطٍ رأسه بعمامة وفي يده أيضا عمامة، ويقول حاسر الرأس للآخر: أعطني عمامتي؛ فالأصل أن ما بيد الإنسان فهو له، والظاهر أنها لحاسر الرأس؛ فيقدم الظاهر على الأصل لأن عندنا قرينة قوية تدل على صدقة المدّعي) ا.هـ

(٣) مسائل أحمد لابن منصور (رقم ٣١١)، وابن منصور هو إسحاق بن منصور الكوسج المروزي (ت٢٥١هـ) روى عنه مسائل كثيرة وحققت كرسائل جامعية في الجامعة الإسلامية.

(٤) الفتاوى (٤/ ٥٨٧)، وهو كتاب الإختيارات الفقهية.

(٥) **ابن عثيمين**: (رجل عنده زرع وحوله راعي غنم، فادعى صاحب الزرع أن الغنم نفشت في زرعه ووجدنا أثراً للغنم، ونفى صاحب الغنم ذلك؛ يحال على السبب الظاهر على غنم هذا الرجل، وابن تيمية يقول: إنها من باب القيافة في الأموال ويعتبرهُ والمذهب لا يعتبرهُ، بمعنى أنا نأتي بالقائف فننظر: هل خفاف إبل هذا تطابق آثارها الموجودة في الزرع أولا؟ فيحكم بمقتضى القيافة، والقيافة في الأموال يعتبرها شيخ الإسلام كالقيافة في الأنساب،

=

ومنها: لو تزوج بكراً، فادّعت أنه عنين، فكذبها وادعى أنه أصابها، وظهرت ثيباً فادّعت أن ثيوبتها بسبب آخر؛ فالقول قول الزوج. ذكره الأصحاب.

ويتخرّج فيه وجه آخر من المسائل المتقدّمة[1].

ومنها: اللوث في القسامة[2]. . . . .

والمذهب لا يعتبرها.

والقيافة: الاستدلال على الشيء بالأثر، وقال بعضهم: إذا رأيت أثراً لإنسان كأنما رأيت وجهه.

أما القيافة في النسب؛ فهي ثابتة بدليل حديث زيد ين حارثة وأسامة بن زيد؛ لأن زيد بن حارثة كان أبيض، وابنه كان أسود؛ فكان المشركون يعيبونه إغاظة للنبي عليه الصلاة والسلام؛ لأنهما من مواليه ﷺ، فدخل ذات يوم مجزز المدلجي، ورآهما نائمين، وعليهما رداء، ولم يظهر إلا أقدامهما، فقال: «إن هذه الأقدام بعضها من بعض»؛ فدخل النبي ﷺ على عائشة مسروراً تبرق أسارير وجهه، وقال: ألم تر إلى مجزز المدلجي، دخل على زيد بن حارثة وأسامة؛ فقال: هذه الأقدام بعضها من بعض».

والمذهب على إعمال قيافة النسب دون المال؛ لأن النسب يحتاط فيه أكثر من الأموال، الصحيح ما ذهب إليه الشيخ رحمه الله: أنه يعمل بالقيافة بالنسب وبالأموال) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين**: (وهذا واضح، والوجه الآخر: أن لا يقبل قوله احتمال أن تكون البكارة زالت بغير الجماع، أو بجماع رجل آخر مثلاً، ولكن الواجب إحالة الحكم على السبب الظاهر) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (القسامة: هي أيمان مكررة في دعوى قتل معصوم.

وأصلها قصة عبد الله بن سهل، خرج هو وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة إلى خيبر؛ فوجد عبد الله بن سهل مقتولاً في خيبر، وعداوة اليهود للمسلمين معروفة؛ فقضى النبي ﷺ فيها بالقسامة.

وكيفيتها: إذا ادعى أولياء المقتول أن فلاناً هو الذي قتل صاحبهم؛ فإننا نقول: هاتوا بينة، فإن لم يجدوا بينة؛ فإننا نجري عليهم القسامة، فنقول: تحلفون خمسين يميناً على أن الذي قتل صاحبكم هذا الرجل توزع على الورثة، ويجبر الكسر، فإذا كانوا ثلاثة؛ فعلى كل واحد ستة عشر يمينا وشيء يجبر الكسر؛ فتصبح سبعة عشر، فإذا حصلت قتل المدعى عليه، فإنْ أبى أولياء المقتول أن يحلفوا؛ قلنا للمدعى عليهم: احلفوا خمسين يميناً، فإن حلفوا برؤا، وإن لم يرض أولياء المقتول بأيمان المدعى عليهم؛ فإن الإمام يديه -أي يدفع الدية- من بيت المال.

والقسامة فيها مخالفة للأصول من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: إن الأيمان في حق المدعين، والأصل أن الأيمان في حق المدعى عليهم.

الوجه الثاني: إن الأيمان كررت فيها، والأصل يمين واحدة.

الوجه الثالث: إن أولياء المقتول سيحلفون على شيء لم يروه؛ فإنهم لو رأوه فواضح، لكن في الغالب لا يرون فيها مخالفة للأصول من ثلاثة أوجه.

والجواب على ذلك أن نقول: إنها في الحقيقة لم تخالف الأصول، بل هي جارية على الأصول، أما كون الأيمان فيها في جانب المدعي؛ فلأن الأيمان ليست في جانب المدعى عليه دائماً، بل الأيمان مشروعة في جانب أقوى المتداعيين،

=

ومسائله معروفة[(١)].

ولهذا قضى النبي ﷺ بالشاهد واليمين فيما لو ادعى شخص على آخر بشيء ولا بينة عنده إلا شاهد واحد؛ فنقول له: احلف مع هذا الشاهد؛ فاليمين هنا في جانب المدعي؛ لأنّ جانبه قوي بالشاهد، فاليمين في حقه هنا، وإنما كانت الأيمان في جانب المدعين؛ لأن جانبهم أقوى بسبب العداوة الظاهرة التي ترجح أن هذا قد قتل على أيدي هؤلاء، وأما كونها تكرر؛ فنقول أيضا: هذا على مقتضى الأصول؛ لأنه كلما قوي الشيء كررت فيه الأيمان، مثل الملاعنة تكرر الأيمان فيها خمس مرات؛ لأن مسألته هامة وعظيمة، وهذا قتل؛ فمسألته هامّة وعظيمة، فلهذا كررت فيه الأيمان.

الثالث: هو أن أهل القتيل قد يحلفون وهم لم يشاهدوا وهذا لم يخالف الأصول؛ لأن اليمين على ما يغلب على الظن جائز، ودليله قصة الرجل الذي جامع زوجته في رمضان، فقال: «والله ما بين لابتيها أهل بيت أفقر مني»، وبهذا يتبين أن القسامة لا تخرج عن الأصول الشرعية، ثم على فرض أنها خالفت غيرها من الأصول الشرعية؛ فهي ما دامت قد ثبتت بالسنة فإنها قد ثبتت بأصل شرعي ولهذا أصح أقوال أهل العلم القسامة جارية كما قال رحمه الله) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين**: (إن ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية: إن اللّوث كل ما يغلب على الظن صدق قول المدعي، سواء كان ذلك بعداوة ظاهرة أو بتهديد بالقتل أو بوجود رجل عند إنسان يتشحط في دمه ومعه سكين فيها دم، فقال: إنه قد ذبح خروفاً؛ فهذا عقلا ممكن، ولكن لا شك أن هذه الصورة قرينة ظاهرة على أنه هو القاتل.

والمذهب عند الحنابلة أنهم لا يرون هذا من باب القسامة؛ لأنهم يخصون اللوث بالعداوة الظاهرة التي تكون بين القبائل، وأما العداوة الباطنة التي تكون بين شخصين يهدد أحدهما الآخر بالقتل، أو كصورة الذي يتشحط بدمه، أو ما يكون بشاهد واحد على القتل؛ فلا يرون هذا من باب القسامة، كل ما غلب الظن على وجد القتل أجريت القسامة) ا.هـ

القاعدة الرابعة عشرة

إذا وجد سبب إيجاب أو تحريم من أحد رجلين لا يعلم عينه منهما؛ فهل يلحق الحكم بكلّ واحد منهما، أو لا يلحق بواحد منهما شيء؟

في المسألة خلاف، ولها صور:

إحداها: إذا وجد اثنان منياً في ثوب ينامان فيه، أو سمعا صوتاً خارجاً ولم يعلم من أيهما هو؛ ففي المسألة روايتان:

إحداهما: لا يلزم واحداً منهما غسل ولا ضوء؛ نظراً إلى أن كل واحد منهما متيقن للطهارة شاك في الحدث.

والثانية: يلزمهما الغسل والوضوء؛ لأن الأصل زال يقيناً في أحدهما؛ فتعذر البقاء عليه، وتعيّن الاحتياط، ولم يلتفت إلى النظر في كل واحد بمفرده؛ كثوبين أو إناءين نجس أحدهما[1].

الصورة الثانية: قال أحد الرجلين: إن كان هذا الطائر غراباً؛ فامرأتي طالق. وقال الآخر: إن لم يكن غراباً؛ فامرأتي طالق، وغاب ولم يعلم ما هو؛ ففيها وجهان:

---

(١) **ابن عثيمين:** (الموجود في المثال الذي ذكره المؤلف سبب إيجاب الوضوء أو الغسل كل سمع صوت ريح خرجت أو شم ريحاً، ولكنهما لم يعلما هل هو من زيد أو من عمرو؟ هل يلزمهما أن يتوضئا، أو لا يلزم واحد منهما أن يتوضأ؟ فيه خلاف:
فقال بعض العلماء: يلزم أن يتوضأ كل واحد منهما؛ لأننا علمنا يقينا أن أحدهما قد فسد وضوءه وتعذر التعيين؛ فكان الاحتياط أن نلزم كل واحد منهما بالوضوء، وهذا أقيس.
والقول الثاني: أننا لا نلزم واحداً منهما بالوضوء؛ لأن كل واحد منهما بمفرده متيقن للطهارة، شاك للحدث، والأصل بقاء الطهارة، لكنه لا يصح أن يجتمعا في عبادة يشترط فيها الطهارة لكل واحد منهما، يعني لو أرادا أن يصليا جماعة؛ فإنه لا يصح، السبب في هذه الحالة تيقن أن أحدهما صلاته باطلة، فإن كان معهما واحد ثالث إن كان هو الإمام؛ تصح، ويصطفا بجانبه لا وراءه؛ لأن أحدهما صلاته باطلة، فيلزم من ذلك أن يكون الآخر قائماً منفرداً وحده خلف الأمام، والأحسن أن يكونا على يمينه؛ لأنه ربما يكون الذي على يمينه هو الذي انتقض وضوءه، فيكون قد صف على يساره مع خلو يمينه.
والأحوط والأقيس أننا نلزمهما جميعاً بالوضوء، وكذلك فيما لو ناما في ثوب أحدهما في الصباح والآخر في القيلولة مثلاً، ثم وجدا أثر مني بعد الظهر مثلاً، ولم يعلما؛ هل هو من الأول أم من الثاني؛ فأحدهما قد وجب عليه الغسل، لكن لا بعينه؛ فهل نلزمهما جميعاً بالغسل، أو لا نلزم واحدا منهما؟ ولا يصح إلزام أحدهما بالقرعة لأن القرعة لا تصلح بالعبادات) ا.هـ

أحدهما: ما قال القاضي في «المجرد» وأبو الخطاب وغيرهما: يبني كل واحد منهما على يقين نكاحه.

والثاني: وهو اختيار الشيرازي في الإيضاح[١] وابن عقيل: أنه تخرج المطلقة منهما بالقرعة، وقال القاضي في «الجامع»[٢]: هو قياس المذهب لأنّ واحدة منهما طلقت يقيناً. فأخرجت بالقرعة كما لو كانت الزوجتان لرجل واحد.

وذكر بعض الأصحاب احتمالاً يقتضي وقوع الطلاق بهما حكماً كما تجب الطهارة عليهما في المسألة الأولى. وقد أومأ إليه أحمد في رواية صالح[٣]، وحكى له قول الشعبي في رجل قال لآخر: إنك لحسود. فقال له الآخر: أحسدنا امرأته طالق ثلاثاً. فقال الآخر: نعم. قال الشعبي: حنثتما وخسرتما، وبانت منكما امرأتكما جميعاً[٤]، وحكى له قول الحارث: أدينهما وآمرهما بتقوى الله عز وجل، وأقول: أنتما أعلم بما حلفتما عليه[٥]. فقال أحمد: هذا شيء لا يدرك ألقاهما في التهلكة.

فإنكاره لقول الحارث يدلّ على موافقته لقول الشعبي بوقوع الطلاق بهما.

هذا هو الظاهر[٦]، . . . .

---

(١) هو أبو الفرج عبدالواحد بن محمد بن علي بن أحمد الشيرازي (ت٤٨٦هـ) وكتابه (الإيضاح) من الكتب المفقودة.

(٢) لأبي يعلى «الجامع الكبير» و«الجامع الصغير» و«الجامع المنصوص» أما الأول فلم يتمه وهو مفقود، وأما الثاني وقد حقق كرسالة علمية بجامعة الإمام محمد بن سعود وأما الجامع المنصوص فمفقود.

(٣) مسائل صالح (رقم ٩٥٤).

(٤) الأثر أخرجه ابن أبي شيبة (١٩٠٥٤)، وصالح في مسائله (رقم ٩٥٤).

(٥) الأثر أخرجه ابن أبي شيبة (١٩٠٥٥)، وصالح في مسائله (رقم ٩٥٥).

(٦) **ابن عثيمين**: (المسألة صار فيها ثلاثة أقوال:

قال أحد الرجلين: إن كان هذا الطائر غراباً؛ فزوجتي طالق.

فقال الثاني: إن لم يكن غراباً؛ فزوجتي طالق.

الآن هذا الطائر إما أن يكون غراباً أو غير غراب؛ فأحدهما إذن طلقت زوجته، لكن ما ندري أيهما.

فقال بعض العلماء: إنهما لا تطلقان؛ لأن كل واحد منهما شك بوقوع الطلاق بامرأته، والأصل بقاء النكاح.

وقال آخرون: إنه يقع طلاق أحدهما بقرعة، كما لو كان له زوجتان، وقال: إن كان هذا الطائر غراباً؛ فزوجتي الأولى طالق، وإن لم يكن غراباً؛ فزوجتي الثانية طالق، وذهب الطائر ولا يدري ما هو؛ فإنه تخرج إحداهما بقرعة.

ولكن هذا القياس فيه نظر؛ لأن الزوجتين لرجل واحد، والضرر عليه قد تحقق بإحدى امرأتيه، بخلاف المثال المذكور؛ فإنهما لرجلين، ولا يقاس على الرجل الواحد.

القول الثالث في المسألة: أن الطلاق يقع عليهما جميعاً؛ لأن هذا هو الأحوط. وهذه المسائل التي نستبعدها الآن

=

ذكره الشيخ تقي الدين[1]، وقال: هو بناء على أنه لو حلف على ما لم يعلم صحته أو ما لا تدرك صحته؛ فيحنث كقول مالك.

ويدلّ عليه تعليل أحمد وقوع الطلاق على من قال: أنت طالق إن شاء الله؛ بأن مشيئة الله لا تدرك، وهذا القول فيه بعد؛ لأن إيقاع طلاقهما يفضي إلى أن يباح للأزواج من هي في زوجية الغير باطناً، وفي إجبارهما على تجديد الطلاق إجبار للإنسان على قطع ملكه بغير حق، وهو ضرر، بخلاف إيجاب الطهارة عليهما؛ فإنه لا ضرر فيه.

ولنا وجه آخر بوجوب اعتزال كل منهما زوجته حتى يتيقن الأمر، ونص عليه أحمد رحمه الله في رواية عبد الله[2]، ونقل حرب[3] عن أحمد رحمه الله: أنه ذكر له هذه المسألة؛ فتوقف فيها وقال: أحب إلي أن لا أقول فيها شيئاً، وتوقف عنها[4].

الصورة الثالثة: قال أحدهما: إن كان غرابا فأمتي حرة، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فأمتي حرة.

وفيها الوجهان المذكوران في الطلاق، وقياس المنصوص ها هنا أن يكف كل واحد عن وطء أمته حتى يتيقن، فإن اشترى أحدهما أمة الآخر؛ عين المعتقة منهما بالقرعة على أصح الوجهين؛ لاجتماعهما في ملكه، وإحداهما عتيقة كما قلنا، لا يصح أن يأتم أحدهما بالآخر في الصورة الأولى؛ لأن أحدهما محدث يقيناً، فينظر إليهما مجتمعين في حكم يتعلق باجتماعهما.

وليس من هذه القاعدة إذا وطئ اثنان امرأة بشبهة في طهر وأتت بولد وضاع نسبه لفقد

موجودة في زمن التابعين.

قال الشعبي في رجل قال لآخر: إنك لحسود، فقال الثاني: أحسدنا امرأته طالق ثلاثاً، قال الآخر: نعم موافق، هذه مسألة خفية لا ندري أيهما أحسد.

وقد نقل المؤلف عن الإمام أحمد: أنه حكي له قول الشعبي: حنثتما، وخسرتما، وبانت منكما امرأتاكما جميعا، حكي له قول الحارث: أدينهما، وآمرهما بتقوى الله عز وجل، وأقول: أنتما أعلم بما حلفتما عليه، أدينهما يعني اجعل الأمر فنقول إلى دينهما وأقول هذا شيء بينك وبين الله عز وجل.

أدينهما: يعني أجعل الأمر موكولا إلى دينهما، وأقول: هذا شيء بينكما وبين الله، لينظر أحدكما أيه أحسد، هو أو أخوه، فإذا علمت أنك أحسد منه؛ فامرأتك هي التي تطلق، وإذا علمت أنه أحسد منك، وعلم هو ذلك أيضا؛ فامرأته هي التي تطلق.

قال أحمد: هذا شيء لا يدرك؛ لأن الحسد محله القلب، ما ندري أيهما أحسد، ولهذا قال: ألقاهما في التهلكة؛ فإنكاره لقول الحارث يدل على موافقته لقول الشعبي، هذا هو الظاهر) ا.هـ

(١) مجموع الفتاوى (٢٠/ ٢٠٦).

(٢) مسائل عبدالله (رقم ١٣٦٣).

(٣) مسائل حرب بن إسماعيل بن خلف الحنظلي الكرماني (ت٢٨٠هـ) له مسائل كثيرة وهي من المفقود من المسائل.

(٤) **ابن عثيمين**: (الإمام أحمد رحمه الله يتوقف في مثل هذه المسائل، وأحيانا يسلك سبيل الاحتياط، ولكن ما علل به الشيخ تقي الدين رحمه الله قوي جداً) ا.هـ

القافة أو غير ذلك، وأرضعت أمه بلبنه ولداً آخراً؛ فإنه يصير حكم كل من الصغيرين حكم ولد لكل واحد من الرجلين على الصحيح؛ لأنه لم يتعين أن يكون الولد لواحد منهما، بل يجوز عندنا أن يكون لهما؛ فليس مما نحن فيه.

القاعدة الخامسة عشرة

إذا استصحبنا أصلاً، أو أعملنا ظاهرا في طهارة شيء أو حله، أو حرمته، وكان لازم ذلك تغير أصل آخر يجب استصحابه، أو ترك العمل بظاهر آخر يجب إعماله؛ لم يلتفت إلى ذلك اللازم على الصحيح[1].

---

(١) أحببت أن أنقل كلام العلامة السعدي مع تعليق الشيخ ابن عثيمين عليه حيث قال السعدي عن هذه القاعدة: (الأصل بقاءُ ما كان على ما كان، واليقين لا يزول بالشك)؛ هذا أصل كبير يدل عليه قوله ﷺ في الحديث الصحيح حين شكي إليه الرجل يجد الشيء وهو في الصلاة قال: «لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» (متفق عليه). أي: حتى يتيقن أنه أحدث، فمتى تيقّن أمراً من الأمور، أو استصحب أصلاً من الأصول، فالأصلُ بقاءُ ذلك الأمر المتقّن. فلا ينتقل بمجرد حتى يتيقن زواله) ا.هـ

وقال ابن عثيمين معلقاً على كلام السعدي: (والشك هنا يشمل الشك في وقوع الشيء والشك في ثبوته شرعاً، فمثلاً إذا قال قائل: القيء ينقض الوضوء. فنقول: أين الدليل؟ هذا رجل متوضئ ويقين وضوئه باق فاتٍ بدليل، فإذا جاء بحديث ضعيف يدلّ على انتقاض الوضوء بالقيء فإنا لا ننتقل عن الأصل ولا نقول بالنقض. كذلك لو قال قائل: إذا تمت مدة المسح في الخفين انتقض الوضوء. نقول: لا ينتقض؛ لأن الوضوء ثبت بمقتضى دليل شرعي فلا يمكن أن ينتقض إلا بدليل شرعي. كذلك لو قال قائل: إذا خلع الخفين بعد مسحهما أو الجوارب بعد مسحهما انتقض وضوءه. نقول: لا ينتقض. لماذا لا ينتقض؟ هذا الرجل الآن ثبت وضوئه بدليل شرعي فهو باقٍ حتى يثبت زواله بدليل شرعي. وهذا الأصل ذكره النبي عليه الصلاة والسلام له مئات المسائل أو آلاف. لو أن إنساناً شك هل طلق امرأته أو لا؟ قلنا: لم تطلُق. لو قال لزوجته: إن كان هذا الطائر غراباً فأنت طالق، ومر الطائر ولم يدر ما هو. تطلق أو لا؟ لا، لماذا؟ لأنه لم يتيقن أنه الغرب الذي علق عليه الطلاق. وهذه قاعدة تفيد الإنسان في كل شيء) ا.هـ

وقال السعدي: (فيدخل في هذا بعضُ مسائل الأصل الذي قبله. ويدخلُ فيه أنَّ من تيقّن الطهارة، وشك في الحدث هل حصل له موجبٌ من موجبات الطهارة وناقضٌ من نواقضها؟ فالأصلُ بقاء طهارته، والطهارة أصل كل شيء، فمتى شكَّ الشاكُّ في طهارة ماءٍ أو بقعة أو ثوب أو إناء أو غيرها بنى على الأصل، وهو الطهارة) ا.هـ

قال ابن عثيمين: (وإذا كان قد تنجس أو أحدث يبني على الأصل؟ يعني لو أنه أحدث تيقن أنه أحدث بعد غروب الشمس وشك هل توضأ أم لا؟ ماذا نقول: الأصل بقاء الحدث. ولو أصاب ثوبه نجاسة وشك هل غسله أم لا فالأصل بقاء النجاسة) ا.هـ

وقال السعدي: (ومن ذلك لو أصابه ماءٌ من ميزاب أو غيره، أو وطيء رطوبةً لا يدري عنها، فالأصل الطهارة. ومن تيقن أنه محدثٌ وشك هل تطهر أم لا؟ فهو على حدثه. ومن شك هل صلى ركعتين أو ثلاثاً؟ جعلها ركعتين وسجد للسهو وكذا لو شك في عدد الطواف، أو السعي أو عدد الغسلات المعتبرة: بنى على الأقل) ا.هـ

قال ابن عثيمين: (بنى على الأقل لأنه اليقين. لكن هذا ما لم يغلب على ظنه صحة الطرفين فإنه يبني على غلبة الظن. وقد سبق لنا في كلام المؤلف أن العبادات يكتفى فيها بغلبة الظن، وجاءت السُنة بهذا ففي حديث ابن مسعود (متفق عليه) فيمن شك هل صلى ثلاث أو أربعاً أنه يتحرّى الصواب فليتم عليه.. وعليه فنقول: إذا كان الشيء مما

=

ولذلك صور:

ومنها: إذا استيقظ من نومه، فوجد في ثوبه بللا، وقلنا: لا يلزمه الغسل على ما سبق فيما إذا تقدم منه سبب المذي؛ فلا يلزمه أيضا غسل ثوبه بحيث نقول: إنما سقط عنه الغسل؛ لحكمنا بأن البلل مذي، بل نقول في ثوبه: الأصل طهارته؛ فلا ينجس بالشك، والأصل طهارة بدنه؛ فلا يلزمه الغسل بالشك؛ فيبقى في كل منهما على أصله، ذكره ابن عقيل في «فنونه» عن الشريف أبي جعفر(١)، وينبغي على هذا التقدير أن لا تجوز له الصلاة قبل الاغتسال في ذلك الوقت في ذلك الثوب قبل غسله؛ لأنا نتيقن وجود المفسد للصلاة لا محالة(٢).

يكفي فيه غلبة الظن فإنه يبني على غلبة الظن فإذا شك هل صلى ثلاثاً أم أربعاً وغلب على ظنه أنها أربعاً فهي أربع ويسجد للسهو، وكذلك يقال في عدد السعي والطواف إذا شك عند آخر شوط هل هذا السابع أو السادس. إذا غلب على ظنه أنه السابع فالآن انتهى الطواف، وإذا غلب على ظنه أنه السادس قلنا: هات السابع. وإذا قال: متردد لا ترجيح. قلنا: أن بالسابع. ويسجد للسهو في الطواف؟ لا سجود للطواف، الطواف بالبيت صلاة؟ هذا مما يدل على أن الحديث «الطواف بالبيت صلاة» لا يصح مرفوعاً عن النبي عليه الصلاة والسلام.
على كل حال لا يسجد للسهو في الطواف؛ لأن أصل العبادة ما فيها سجود فكيف يكون هناك سجود للشك فيها).
وقال السعدي: (ومن عليه صلواتٌ متعددةٌ أو صيامٌ أبرأ ذمته مما عليه وجوباً) ا.هـ
وقال ابن عثيمين: (كيف يبرئها وجوباً؟ إذا شك هل عليه خمسةُ أيام أو ستة فما هو الوجوب؟ الأصل خمسة، وإذا شك أنه ترك صلاةً من يوم ولم يدر أيَّ صلاةٍ هي؟ فقيل: إنه يصلي خمسة لأن كل صلاة تحتمل أنها هي. وقيل: يصلي أربعاً وثلاثاً واثنتين، الأربع لأنها صالحة للظهر والعصر والعشاء، وهذا مبني على أنه لا يجب تعيين الصلاة المفروضة. وأما المغرب فثلاث، وأما الفجر فركعتان. ولكن الصحيح في هذا أنه يتحرى ويتفضن ويتذكر حتى يأتي به الله) ا.هـ
وقال السعدي: (ومن شك في أصل الطلاق أو في عدده بنى على الأصل وهو العصمة، ولو شكَّ هل خرجت المرأةُ من العدة؟ فالأصلُ أنها في العدة، وإذا شك في أصل الرِّضَاع أو في عدده فكذلك يبني على اليقين. ومن رَمَى صيداً مسَمِّياً، ثم وجده قد مات ولم يجد فيه إلا أثرَ سهمه، بنى على الأصل، وأنه مات بسهمه فهو حلال. فكل شيء شككنا في وجوده فالأصلُ عَدَمهُ، وكل شيء شككنا في عدده، فالأصل البناء على الأقل، وأمثلتُها كثيرةٌ جداً) ا.هـ
قلت: الحديث الذي ذكره ابن عثمين وضعّفه: «الطواف بالبيت صلاة» ضعّف بعض أهل العلم رفعه وصحح وقفه والبعض كابن حجر في التلخيص والشيخ ناصر في الإرواء يصحح الحديث مرفوعاً وموقوفاً.

(١) أبو جعفر الشريف هو أبو جعفر بن أبي موسى الهاشمي (ت٤٧٠هـ) له رؤوس المسائل في الفقه حقق كرسالة بجامعة الإمام.

(٢) **ابن عثيمين:** (إذا قلنا أنه لا يجب عليك الاغتسال لم يجب عليه غسل الثوب إن وجب عليه الاغتسال لم يجب عليه غسل الثوب وإن وجب غسل الثوب لم يجب الاغتسال إن وجب عليه غسل الثوب إذا صار البلل منياً-؛ لا غسل فيه، وإن لم يجب عليه غسل الثوب -إذ صار البلل مذياً-؛ لكن يجب الاغتسال؛ فالاحتياط أن يجمع بين الأمرين؛ فيغتسل، ويغسل الثوب، وينبغي أن لا تجوز الصلاة حتى يجمع بين الاغتسال والغسل) ا.هـ

ومنها: إذا لبس خفاً، ثم أحدث، ثم صلى وشك: هل مسح على الخف قبل الصلاة أو بعدها، وقلنا: ابتداء المدة من المسح؛ جعلنا ابتداءها قبل الصلاة، وأوجبنا إعادة الصلاة؛ لأن الأصل وجوب غسل الرجلين، والأصل بقاء الصلاة في الذمة.

ومنها: إذا رمى حيوانا مأكولا بسهم ولم يوحه، فوقع في ماء يسير، فوجده ميتا فيه؛ فإن الحيوان لا يباح خشية أن يكون الماء أعان عل قتله، والأصل تحريمه حتى يتيقن وجود السبب المبيح له، ولا يلزم من ذلك نجاسة الماء أيضا؛ لحكمنا على الصيد بأنه ميتة، بل يستصحب في الماء أصل الطهارة؛ فلا ينجسه بالشك، ذكره ابن عقيل في «فصوله»[1].

ومنها: لو قال لامرأته في غضب: اعتدّي، وظهرت منه قرائن تدل على إرادته التعريض بالقذف أو فسره بالقذف؛ فإنه يقع به الطلاق لأنه كناية اقترن بها غضب، وهل يحد معها؟

ذكر ابن عقيل في «المفردات»[2] احتمالين:

أحدهما: وبه جزم في «عُمَدُ الأدلة»[3]: أنه يحد؛ لأنهما حقان عليه؛ فلا يصدق فيما يسقط واحدا منهما.

والثاني: لا يحد؛ لأنه لو كان طلاقاً لم يكن قذفاً لتنافيهما.

قال ابن عقيل في معنى تنافيهما: بأن كنايات القذف في حالة الخصومة كالصرائح، وصرائح القذف لا يقع به الطلاق. ثم ذكر مسألة القذف بالكنايات أنها صرائح في حال الغضب.

ومن هذه القاعدة الأحكام التي يثبت بعضها دون بعض؛ كإرث الذي أقر بنسبه من لا يثبت النسب بقوله[4]، والحكم بلحوق النسب في مواضع كثيرة لا يثبت فيها لوازمه المشكوك

---

(١) ويسمى «كفاية المفتي» وهو لأبي الوفاء بن عقيل (ت٥١٣هـ)، وله نسخة في مكتبة شستربتي (٥٣٦٩)، والجزء الثالث منه في دار الكتب المصرية (أصول فقه-١٣).

(٢) المفردات لابن عقيل من الكتب المفقودة.

(٣) ويسمى كذلك (عمدة الأدلة) لابن عقيل وهو من آخر كتب ابن عقيل، وهو مفقود كذلك.

(٤) **ابن عثيمين**: (هذه الأحكام التي تسمى تبعض الأحكام، النسب لا يثبت إلا بقول معروف بالإصابة وبشهادة رجلين أو بالاشتهار والاستفاضة فإذا كان رجل مات وله بنت أقر أحدهما بابن ثابت فقال هذا الرجل أخوٌ لي وقال أخوه ليس بأخٍ لي فكيف يكون هذا الولد؟ يكون أخٌ للمقر وليس أخ للمنكر فتتبعض الأحكام ويكون بالنسبة لمن أقر به كأخيه تماماً في الإرث وفي تحريم النكاح وفي الولاية وفي جميع الأحكام التي تترتب على النفس ويكون بالنسبة للمنكر أجنبي ولهذا يلحظ بهذه المسألة يقال أخوان شقيقان رجل ثالث تكون له أحد بنات الأخوين له محارم والآخر تكون بناته له أجانب يجوز التزوج منهن أما إذا اعتقد أنه عمهن فإنه لا يجوز له ويجب عليهن أن يحتجبن عنه لاعتقادهم أنه ليس عمهن) ا.هـ

فيها من بلوغ أحد أبويه، أو استقرار المهر، أو ثبوت العدة والرجعة أو الحد، أو ثبوت الوصية له أو الميراث، وهي مسائل كثيرة[١].

(١) **ابن عثيمين:** (ومنها لو شهد رجل وامرأتان على شخص أنه سرق مال فلان، ثبت المال دون القطع فيلزمه ضمان المال ولا يلزمه القطع، لأن القطع لا يثبت إلا بشاهدين رجلين، والمال يثبت بشهادة رجل وامرأتين) ا.هـ

القاعدة السادسة عشرة

إذا كان للواجب بدل، فتعذّر الوصول إلى الأصل حالة الوجوب؛ فهل يتعلق الوجوب بالبدل تعلقاً مستقرا بحيث لا يعود إلى الأصل عند وجوده؟

للمسألة صور عديدة:

منها: هدي المتعة إذا عدمه ووجب الصيام عليه، ثم وجد الهدي قبل الشروع فيه، فهل يجب عليه الانتقال، أم لا ينبني على أن الاعتبار في الكفارات بحال الوجوب أو بحال الفعل؟

وفيه روايتان، فإن قلنا بحال الوجوب، صار الصوم أصلا لا بدلا، وعلى هذا، فهل يجزئه فعل الأصل وهو الهدي؟ المشهور أنه يجزئه؛ لأنه الأصل في الجملة، وإنما سقط رخصة، وحكى القاضي في «شرح المذهب» عن ابن حامد: أنه لا يجزئه[1].

ومنها: كفارة الظهار واليمين ونحوهما، والحكم فيهما؛ كهدي المتعة.

ومنها: إذا أتلف شيئا له مثل، وتعذر وجود المثل، وحكم الحاكم بأداء القيمة، ثم وجد المثل قبل الأداء؛ وجب أداء المثل، ذكره الأصحاب؛ لأنه قدر على الأصل قبل أداء البدل؛ فيلزمه كما إذا وجد الماء قبل الصلاة، وينبغي أن يحمل كلامهم على ما إذا قدر على المثل عند الإتلاف ثم عدمه، أما إن عدمه ابتداء؛ فلا يبعد أن يخرج في وجوب أداء المثل خلاف.

---

(١) **ابن عثيمين**: (رجل متمتع، وفي صباح يوم العيد لم يجد هدياً، فشرع في الصوم لأنه وجب عليه صيام ثلاثة أيام التشريق، فلما شرع في الصوم رزقه الله مالاً يستطيع أن يشتري به هدياً، فهل يلزمه الهدي أو لا يلزمه؟

الجواب: لا يلزمه، لأنه وجب عليه الصوم، إذ إنه في يوم العيد كان معدماً.

لكن؛ هل يجزئه أن يذبح هدياً، ويدع الصوم؟

فيه خلاف، فإذا قلنا بحال الوجوب؛ صار الصوم أصلا لا بدلا، وعلى هذا؛ فهل يجزئه فعل الأصل وهو الهدي؟ المشهور أنه يجزئه؛ لأنه الأصل في الجملة، وإنما سقط رخصة، وحكى القاضي في «شرح المذهب» عن ابن حامد: أنه لا يجزئه، والصحيح أنه يجزئه؛ لأن الله تعالى أوجب الصوم بدلاً عن الهدي تيسيراً.

ومعنى (حال الوجوب): إذا وجد السبب الموجب للكفارة.

و(حال الفعل): إذا كان الوقت الذي يريد أن يفعل فيه.

والمعتبر هنا حال الوجوب، والصحيح أنه إذا رجع إلى الأصل؛ فإنه يجزئه على كل حال، ولا يلزمه الانتقال؛ لأنه حين الوجوب ليس واجداً؛ ولكن لو انتقل؛ فالصحيح أنه لا باس به) ا.هـ

قلت: انظر ما ذكره ابن تيمية في شرح العمدة (٢/٣٤٨-٣٤٩)-الحج.

وأما التيمم؛ فلا يشبه ما نحن فيه؛ لأنه لو وجد الماء بعد فراغه منه لبطل، ووجب استعمال الماء بنص الشارع، وها هنا لو أدى القيمة؛ لبرئ، ولم يلزمه أداء المثل بعد وجوده، وقال في «التلخيص»: على الأظهر، وهو يشعر بخلاف فيه[1].

ومنها: لو جعل الإمام لمن دله على حصن جارية من أهله، فأسلمت بعد الفتح أو قبله، وكانت أمة؛ فإنه يجب له قيمتها إذا كان كافراً؛ لأنه تعذر تسليم عينها إليه، فوجب له البدل، فإن أسلم بعد إسلامها؛ فهل يعود حقه إلى عينها فيه؟

لأصحابنا وجهان:

أحدهما: لا يعود؛ لأنه حقه استقر في القيمة، فلا ينتقل إلى غيرها.

والثاني: بلى؛ لأنه إنما انتقل إلى القيمة لمانع، وقد زال؛ فيعود حقه إليها.

ومنها: لو أصدقها شجرا فأثمرت، ثم طلقها قبل الدخول، وامتنعت من دفع نصف الثمرة مع الأصل؛ تعينت له القيمة، فإن قال: أنا أرجع في نصف الشجر وأترك الثمرة عليها، أو أترك الرجوع حتى تجدي ثمرتك، ثم أرجع فيه؛ ففيه وجهان، حكاهما القاضي وغيره:

أحدهما: لا تجبر على قبول ذلك، وهو الذي ذكره ابن عقيل؛ لأن الحق قد انتقل من العين، فلم يعد إليها إلا بتراضيهما.

والثاني: تجبر عليه؛ لأنه لا ضرر عليها؛ فلزمها كما لو وجدها ناقصة فرضي بها؛ فعلى هذا الحق باق في العين لبقائها في ملكها، وكذلك ذكر القاضي في موضع من «المجرد»: أنه إذا لم يأخذ القيمة حتى قطع الطلع وعاد النخل كما أن للزوج الرجوع في نصفه.

ومنها: لو طلقها قبل الدخول وقد باعت الصداق، فلم يأخذ نصف قيمته حتى فسخ البيع؛ لعيب.

---

(١) **ابن عثيمين**: (مثال ذلك: إذا أتلف صاعاً من بر؛ وجب عليه الضمان بمثله، لكن ما وجد صاعاً من البر نرجع إلى القيمة، فحكم الحاكم بقيمة الصاع، ولكن قبل أن يسلم القيمة لصاحبها وجد البر (أي: وجد الأصل قبل أداء البدل)؛ فهل نبقي على البدل، أم نرجع إلى الأصل؟

فالأصحاب يقولون: يرجع إلى رد المثل؛ لأنه الأصل وقدر عليه قبل أداء البدل؛ فلزمه كما لو وجد الماء قبل الصلاة؛ فإنه يبطل التيمم ويجب عليه الوضوء، وكأن ابن رجب رحمه الله ناقش هذه المسألة، ورأى أنه لا يلزمه رد المثل (أداء الأصل)؛ لأنه لم يؤده بعد إلى صاحبه؛ فلا يلزمه رد المثل لأن الحاكم حكم بوجوب القيمة) ا.هـ

قال الأصحاب: ليس له أخذ نصفه؛ لأن حقه وجب في القيمة، ولم تكن العين حينئذ في ملكهما.

ولا يبعد أن يخرج فيه وجه آخر بالرجوع كالتي قبلها، وهذا إذا لم نقل: إنه يدخل في ملكه قهراً كالميراث؛ فإن قلنا: يدخل قهراً؛ عاد حقه إلى العين بعودها إليها بعيب، ولا يقال: هذا عاد إليها ملكاً جديداً؛ فلا يستحق الرجوع فيه كما لا يستحق الأب الرجوع فيما خرج عن ملك الابن ثم عاد؛ لأنهم قالوا: لو عاد إليها قبل الطلاق لرجع فيه بغير خلاف؛ لأن حقه فيه ثابت بنص القرآن.

وفي «شرح الهداية» لأبي البركات ما يدل على عكس ما ذكرنا، وهو أنا إن قلنا: يدخل نصف المهر في ملك الزوج قهرا؛ فليس له العود إلى عينه بحال نظراً إلى أن القيمة تقوم مقام العين عند امتناع الرجوع في العين؛ فيملك نصف القيمة قهراً حينئذ، ولا ينتقل حقه عنها بعد ذلك.

ومنها: لو اشترى عيناً ورهنها أو تعلق بها حق شفعة أو جناية، ثم أفلس، ثم أسقط المرتهن أو الشفيع أو المجني عليه حقه؛ فالبائع أحق بها من الغرماء لزوال المزاحمة على ظاهر كلام القاضي وابن عقيل، ذكره أبو البركات في «شرحه»[1].

ويتخرج فيه وجه آخر: أنه أسوة الغرماء.

(1) أبو البركات هو جد شيخ الإسلام ابن تيمية واسمه المجد بن تيمية.

القاعدة السابعة عشرة

إذا تقابل عملان: أحدهما ذو شرف في نفسه ورفعة وهو واحد، والآخر ذو تعدد في نفسه وكثرة؛ فأيهما يرجح؟

ظاهر كلام أحمد ترجيح الكثرة، ولذلك صور[١]:

أحدها: إذا تعارض صلاة ركعتين طويلتين وصلاة أربع ركعات في زمن واحد؛ فالمشهور أن الكثرة أفضل، وحكي عن أحمد رواية أخرى بالعكس، وحكي عنه رواية ثالثة بالتسوية[٢].

والثانية: أهدى بدنة سمينة بعشرة وبدنتين بعشرة أو بأقل.

قال ابن منصور: قلت لأحمد: بدنتان سمينتان بتسعة وبدنة بعشرة. قال: ثنتان أعجب إلي.

ورجح الشيخ تقي الدين تفضيل البدنة السمينة[٣]، وفي «سنن أبي داود» حديث يدلّ عليه[٤].

والثالثة: رجل قرأ بتدبر وتفكر سورة وآخر قرأ في تلك المدة سورا عديدة سرداً.

---

(١) **ابن عثيمين**: (إذا وجد عملان، أحدهما أكثر، والثاني أفضل، وتعارضا في الكمية والكيفية؛ فأيهما نقدم؛ الكمية أو الكيفية؟

مثاله: رجل عنده عبد كاتب حاسب عالم جيد، وعنده عبدان؛ لكنهما جاهلان؛ فهل الأفضل أن يعتق العبد، أو أن يعتق العبدين؟

فإن قلنا باعتبار الكيفية؛ فالأفضل أن يعتق العبد، وإن قلنا باعتبار الكمية؛ فصار الأفضل أن يعتق العبدين، وكذلك في الصلاة؛ هل الأفضل أن يصلي ركعتين يطيل فيهما القراءة والذكر والدعاء، أو الأفضل أن يصلي أربع ركعات لكنها خفيفة؟) ا.هـ

ويظن كلام جميل لابن القيم في كتابه «بدائع الفوائد» (٣/ ١٦٣-١٦٤).

(٢) **ابن عثيمين**: (الغالب أن الكيفية أنفع للقلب إذا كان فيها طول وخشوع وتأمل وتدبر، أما بالنسبة لمن يصلي بغيره؛ فالغالب أن الكثرة مع التخفيف أيسر للناس، وهل الأفضل تطويل الركوع والسجود، أو تطويل القراءة؟ فمن العلماء من يقول: إذا أردت أن تصلي متطوعاً؛ فالأفضل كثرة القراءة؛ لأن القرآن أفضل من غيره، وتخفف الركوع والسجود، ومنهم من قال: بل تخفف القراءة، وتطيل في الركوع والسجود؛ لأن الركوع محل تعظيم الرب، والسجود محل دعاء وقرب من الله عز وجل، ولكنه في مسالة الصلاة يقال: إن هدي الرسول ﷺ أن تكون الصلاة متقاربة متوازنة، إذا أطلت القيام؛ أطل الركوع والسجود، وإذا خففت القيام؛ فخفف الركوع والسجود) ا.هـ

(٣) نقله عن شيخ الإسلام صاحب الفروع (٣/ ٥٤١).

(٤) العلة يقصد ما رواه أبو داود (٢٨٠٠) عن البراء قال: خطبنا رسول الله ﷺ يوم النحر بعد الصلاة فقال: «من صلّى صلاتنا ونسك نسكنا فقد أصاب النسك، ومن نسك قبل الصلاة فتلك شاة لحم» فقام أبو بُردة بن نيار فقال: يا رسول الله! والله لقد نسكت قبل.. فقال رسول الله ﷺ: «تلك شاة لحم»، فقال: إن عندي عناقاً جَذَعة وهي خير من شاتي لحم، فهل تجزي عني، قال: «نعم ولن تجزي عن أحدٍ بعدك».

قال أحمد في رواية جعفر بن أحمد بن أبي قيماز[1] وقد سئل: أيما أحب إليك: الترسل أو الإسراع؟ قال: أليس قد جاء بكل حرف كذا وكذا حسنة؟ قالوا له: في السرعة؟ قال: إذا صور الحرف بلسانه ولم يسقط من الهجاء. وهذا ظاهر في ترجيح الكثرة على التدبر.

ونقل عنه حرب: أنه كره السرعة؛ إلا أن يكون لسانه كذلك لا يقدر أن يترسل.

وحمل القاضي الكراهة على ما إذا لم يبين الحروف[2]، نقل عنه مثنى بن جامع[3] في رجل أكل فشبع وأكثر الصلاة والصيام، ورجل أقل الأكل فقلت نوافله وكان أكثر فكرة؛ أيهما أفضل؟ فذكر ما جاء في الفكر: تفكر ساعة خير من قيام ليلة[4]. قال: فرأيت هذا عنده أكثر (يعني: التفكر)، وهذا يدل على تفضيل قراءة التفكر على السرعة. وهو اختيار الشيخ تقي الدين، وهو المنصوص صريحا عن الصحابة والتابعين.

والرابعة: رجلان: أحدهما ارتاضت نفسه على الطاعة وانشرحت بها وتنعمت وبادرت إليها طواعية ومحبة، والآخر يجاهد نفسه على تلك الطاعات ويكرهها عليها؛ أيهما أفضل؟

قال الخلال: كتب إلي يوسف بن عبد الله الإسكافي: حدثنا الحسن بن علي بن الحسن: أنه

---

(١) هو من تلامذة أحمد ومسائله، المنقولة عن أحمد يسيرة غرائب.

(٢) **ابن عثيمين**: (يقال بالتفصيل في هذا الأمر: إذا كانت قراءته بالتدبر أكثر خشوعاً وانتفاعاً بالقرآن؛ فهو أفضل بلا شك، وأما إذا تساويا؛ فإن الإسراع أكثر، لا سيما إذا كان الرجل قد اعتاد ورداً معيناً من القرآن يقرأه كل يوم، ويخاف إن تركه هذا اليوم تكثر عليه الفوائت ويعجز عن متابعة ورده؛ فبهذه الحال نقول: إن الإسراع أفضل، والحاصل إن مثل هذه الأشياء قد يعتريها أمور تقتضي أن يكون المفضول أفضل من الفاضل، وإلا بالنظر إلى مجرد السرعة والتدبر لا شك أن التدبر أفضل، والقرآن إنما نزل ﴿لِّيَدَّبَّرُوٓا۟ ءَايَـٰتِهِۦ وَلِيَتَذَكَّرَ أُو۟لُوا۟ ٱلْأَلْبَـٰبِ﴾ [ص:٢٩]، لكن هناك أمور أخرى نسبية تجعل المفضول أفضل من الفاضل وهي مسألة اعتبارية أما إذا قطعنا النظر فإن التدبر أفضل) ا.هـ

(٣) هو مثنى بن جامع الأنباري، من تلاميذ الإمام أحمد والذي روى مسائل كثيرة جداً وكان مجاب الدعوة.

(٤) هذا أثر وصل ورد عن جماعة من السلف فورد عن أبي الدرداء عند أحمد في «الزهد» (١٣٩)، وابن سعد في «الطبقات» (٧/ ٣٩٢)، وهنّاد في «الزهد» (٩٤٣)، وابن المبارك في «زوائد الزهد» (٩٤٩)، وأبو نعيم في «الحلية» (١/ ٢٠٨-٢٠٩)، والبيهقي في «الشعب» (١١٨).

كما ورد من قول ابن عباس عند أبي الشيخ في «العظمة» (٤٢)، ولا يصح فيه ليث بن أبي سليم ضعيف كما ورد قول الحسن البصري عند ابن أبي شيبة (٣٥٢٢٣)، وأحمد في «الزهد» (٢٧٢)، وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٢٧١).

وروي بلاغاً عند أبي الشيخ في العظمة (٤٨) عن عمرو بن قيس الملائي بلغني وذكره كما عزاه ملا علي القارئ في «المصنوع» للسري السقطي.

وورد قريباً منه مرفوعاً بلفظ: (تفكر ساعة خير من عبادة ستين سنة) وهو حديث موضوع.

سأل أبا عبد الله عن الرجل يشرع له وجه بر فيحمل نفسه على الكراهة، وآخر يشرع له فيسر بذلك؛ فأيهما أفضل؟ قال: ألم تسمع النبي ﷺ يقول: «من تعلم القرآن وهو كبير يشق عليه؛ فله أجران»[1]؟!

وهذا ظاهر في ترجيح المكره نفسه؛ لأن له عملين: جهاداً، وطاعة أخرى، ولذلك كان له أجران، وهذا قول ابن عطاء وطائفة من الصوفية من أصحاب أبي سليمان الداراني.

وعند الجنيد وجماعة من عبّاد البصرة: أن الباذل لذلك طوعاً ومحبة أفضل، وهو اختيار الشيخ تقي الدين؛ لأن مقامه في طمأنينة النفس أفضل من أعمال متعددة، ولأنه من أرباب المنازل والمقامات، والآخر من أرباب السلوك والبدايات؛ فمثلهما كمثل رجلين: أحدهما مقيم بمكة يشتغل بالطواف، والآخر يقطع المفاوز القفار في السير إلى مكة؛ فعمله أشق، والأول أفضل، والله أعلم[2].

---

(١) الحديث أخرجه البخاري (٤٩٣٧)، ومسلم (٧٩٨).

(٢) **ابن عثيمين:** (الإنسان إذا فعل الطاعة مع المشقة؛ يعطى على أجر النصب، ولا شك من جهة الكمال والمرتبة والمقام أن الذي يفعلها وهو منقاد لها منشرح بها صدره أفضل، وتتضح المفاضلة في مسألة الجماعة؛ الرجل الذي إذا أذن قام وهو منشرح الصدر مطمئن القلب راغب في ما عند الله وذهب يصلي، والثاني يذهب إلى الجماعة بمشقة وهو يعالج نفسه؛ فلا شك أن الأول أكمل حالاً من الثاني؛ لأن كونه ينطبع على العبادة حتى تكون راحة قلبه وطمأنينته، هذا أعلى مقام، ولهذا قال رسول الله عليه الصلاة والسلام: «وجعلت قرة عيني في الصلاة»، أما الثاني؛ فإنه يؤجر على أصل العمل، لكنه عمل ناقص في حد ذاته، ويؤجر أجراً آخر على الجهاد والمشقة لإرغام النفس على فعل الطاعة، ولأن التعب زائد على أصل العبادة.

فالأول: -كما قال شيخ الإسلام رحمه الله- من أرباب المقامات والمنازل، والثاني من أرباب السلوك والجهاد؛ فالأول بلا شك أكمل حالاً، والثاني أكثر مشقة، فيؤجر على المشقة، ولكن منزلته في العبادة دون الأول، ولهذا كان الصحابة رضي الله عنهم عملهم أفضل من غيرهم، «لو أن أحدكم أنفق مثل أحد ذهباً ما بلغ مد أحدهم ولا نصيفه»، لكن في أيام الصبر للعامل أجر خمسين من الصحابة؛ لأنه يكابد العمل ويشق عليه، لكن الأولون أكمل حالاً، هذا هو التفصيل في هذه المسألة.

والجاهد قد يصل إلى المرتبة الأولى، وترتاض نفسه على الطاعة، ويطمئن إليها وينشرح لها صدره، وقد لا يصل إلى هذا، قد يبقى دائماً في جهاد، وربما تكون هناك عوائق أيضا؛ لأنه ما دامت النفس غير منساقة إلى العمل؛ ربما يكون له عوائق أيضاً، مع المجاهدة يمل ويتعب.

ومعلوم أن الأجر على التعب وليس على العبادة لأن التعب زائد عن أصل العبادة.

في مسألة الجماعة الرجل الذي إذا أذن المؤذن قام للصلاة منشرح الصدر مطمئن القلب راغب في ما عند الله وذهب يصلي والثاني الذي يجر نفسه إلى الصلاة جراً يجاهدها أيهما أكمل حالاً؟ لا شك أن الأول أكمل حالاً لكن هذا يعطى الأجر على المجاهدة لكن أجر العبادة ناقص عنده.

والإمام أحمد رحمه الله رجّح مسألة التفكير طول الفكر والتدبر؛ لأنه يعطي القلب زيادة في الإيمان بخلاف الكثرة فإنها لا تعطي) ا.هـ

القاعدة الثامنة عشرة

إذا اجتمعت عبادتان من جنس في وقت واحد ليست إحداهما مفعولة على جهة القضاء ولا طريق التبعية للأخرى في الوقت؛ تداخلت أفعالهما، واكتفي فيهما بفعل واحد[1].

---

(١) ذكر السعدي هذه القاعدة بلفظ: (إذا اجتمعت عبادتان من جنسٍ واحدٍ تداخلت أفعالهما واكتفي عنهما بفعل واحد إذا كان المقصود واحداً).

ثم قال: وهذا من نعمة الله وتيسيره، أن العمل الواحد يقومُ مقامَ أعمال. فمن دخلَ المسجدَ وقت حضور الراتبة فصلّى الركعتين ينوي بهما الراتبة وتحية المسجد حصل له فضلهما.

وكذلك لو اجتمعت معهما أو مع أحدهما سنةُ الوضوء أو صلاة الاستخارة أو غيرها من ذوات الأسباب) ا.هـ

قال ابن عثيمين: (هذه أيضاً قاعدة مهمة وهي تداخل العبادات، لكن بشر -كما قال الشيخ- إذا كان المقصود واحداً وهو أن يأتي بها للعبادة بقطع النظر عن كونها مستقلة أو لعبادة أخرى. وبشرط أيضاً أنهما من جنس واحد، وشرط ثالث أن إحداهما ليست تابعة للأخرى، فإن كانت تابعة للأخرى فإنها لا تجزئ عنه كسنة الفجر مثلاً مع صلاة الفجر لا تجزئ صلاة الفجر عن سنة الفجر لأن السُّنة تابعة. الأمثلة التي ذكرها رحمه الله: إنسان دخل المسجد ولم يصلِّ الراتبة في أي الصلوات هذه؟ الظهر والفجر. دخل الظهر بعد ان أذّن وكان قد توضأ قريباً فهنا هو مطالب بسنة الوضوء وبتحية المسجد وبراتبة الظهر، فهل إذا صلى ركعتين تجزئ عن الجميع. الجواب: نعم، لأن المقصود واحد وهو أن يأتي بركعتين بعد الوضوء وأن يأتي بركعتين عند دخول المسجد وأن يأتي بالراتبة. وهنا نقول: إما أن ينوي هذه العبادات جميعاً فيحصل له ثواب الجميع، وإما أن ينوي واحدة منهما فهذه تنظر: إن نوى الراتبة أجزأت عن الباقي: تحية المسجد وسنة الوضوء.

وإن نوى سنة الوضوء أجزأت عن سنة الوضوء وعن تحية المسجد لأنه حصل المقصود. لكن لا تجزئ عن الراتبة؛ لأن المقصود هنا وجود ركعتين قبل الصلاة مستقلتين، وأما قوله رحمه الله صلاة الاستخارة فهذا فيه احتمال أن تكون صلاة الاستخارة، ويحتمل أن تكون داخلة في هذا فيكون هذا الرجل -الذي دخل المسد بعد الوضوء- يكون مطالباً بسنة الوضوء وسنة دخول المسجد والراتبة والاستخارة فينوي بذلك أربع نوافل. قد يتأيد دخول صلاة الاستخارة في ذلك بقول النبي عليه الصلاة والسلام: «فليصل ركعتين من غير الفريضة»، فإنه يصدق على هذا أنه صلى ركعتين من غير الفريضة. وقد يقال إن النبي ﷺ قال من غير الفريضة بناء على الأغلب وأنه لابد من ركعتين مستقلتين للاستخارة، وهذا لا شك أنه أحوط وأولى حتى يعلم الإنسان وهو يصلي أنه إنما فعل ذلك من أجل أن يستخير ربه عز وجل. فالذي أرى أن الأولى أن تخرج صلاة الاستخارة عن ذلك، وأن يقال: لا بد للاستخارة من ركعتين مستقلتين. ومن ذلك من أمثلتها: إذا أخّر طواف الإفاضة في الحج وطاف عند الوداع أجزأ عن الوداع إذا نوى طواف الإفاضة، وإذا نواهما جميعاً. فإن نوى طواف الوداع فقط لم يجزئ عن طواف الإفاضة؛ لأن طواف الإفاضة عبادة مستقلة. وهذه المسألة أرجو أن تنبهوا لها الحُجّاج لأن كثيراً من الناس الآن يؤخر طواف الإفاضة بناء على أنه يجعله عند السفر ويجزئ عن طواف الوداع، فتجده ينوي طواف الوداع ويغيب عن ذهنه طواف الإفاضة. هذه يجب أن ينبه الناس عليها ويقال: اجعل على بالك طواف الإفاضة وأنت إذا نويته وحده أجزأك عن الوداع) ا.هـ

وقال السعدي: (ومن حَلَفَ عدة أيمان على شيء واحد وحنث فيه عدّة مرات قبل التكفير أجزأه كفارة واحدة عن الجميع. فإن كان الحَلِفُ على شيئين فأكثر وحَنِثَ في الجميع، فكذلك على المشهور من المذهب. واختار الشيخ تقي الدين في هذه المسألة الأخيرة أن الكفارة تتعدد بتعدد المحلوف عليه. وأما إذا كانت الكفاراتُ متباينةً مقاصدُها،

=

وهو على ضربين[1]:

أحدهما: أن يحصل له بالفعل الواحد العبادتان جميعاً؛ فيشترط أن ينويهما معاً على المشهور.

ومن أمثلة ذلك: من عليه حدثان أصغر وأكبر؛ فالمذهب أنه يكفيه أفعال الطهارة الكبرى

ككفارة ظِهَارٍ، ويمينٍ بالله، أو للوطء في نهار رمضان وجب عليه كفارتٌ لكل واحدةٍ منها إذا حَنِثَ. والله أعلم) ا.هـ

قال ابن عثيمين: (إذا حلف عدة أيمان على شيء واحد يعني أيمان مكررة والمحلوف عليه شيء واحد أجزأته كفارة واحدة ولا إشكال. مثال ذلك: حلف أن لا يكلم فلاناً فعلم بذلك رفيقه فقال له: يا فلان بلغني بأنك حلفت ألا تكلم فلاناً. وهو رجل طيب. فقال: أحلف مرة ثانية والله لا أكلمه، ثم صادفه رفيقه الثاني فقال له: بلغني أنك حلفت ألا تكلم فلاناً وهو رجل طيب ما ينبغي الا تحلف ألا تكلمه. فقال إذن أحلف الا أكلمه. وهكذا كلما لامه أصحابه حَلَف. نقول هنا: يجزئه كفارة واحدة لأن المحلوف عليه شيء واحد.

لو تعدد المحلوف عليه واتحد الحَلِف يعني قال: والله لا أكلم فلاناً ولا ألبس هذا الثوب ولا أخرج إلى السوق، بيمين واحدة، ماذا يلزمه؟ يلزمه كفارة واحدة وذلك لأن اليمين واحدة فلا توجب أكثر من كفارة. وإن تعدد المحلوف عليه فتعدد الذوات هنا كتعدد الصفات لا تتعدد بها الكفارة.

القسم الثالث تعددّت الأيمان وتعدد المحلوف عليه، بأن قال: والله لا أكلم فلاناً والله لا أخرج إلى السوق والله لا ألبس هذا الثوب. فالأيمان هنا ثلاثة والمحلوف عليه ثلاثة. حَنِثَ في الجميع قبل أن يكفِّر على المذهب تلزمه كفارة واحدة فقط؛ لأن موجب هذه الأيمان واحد فلما اتحد الموجب صار لا يجب أكثر من واحد. كما لو أن الإنسان أحدث ببول وأحدث بغائط وأحدث بريح وأحدث بأكل لحم الإبل وأحدث بنوم هذه خمسة أسباب ويجزئه وضوء واحد. إذن إذا تعددت الأيمان والمحلوف عليه فعلى المذهب يلزمه كفارة واحدة. التعليل: لأن الموجَب واحد فهو كما لو تعددت الأحداث يلزمه إلا وضوء واحد. لو أن هذا الرجل تَحَيَّل حلف على يمين وحَنِث.

نقول: أخرج الكفارة. قال: لا ما دام يلزمني أيمانات كثيرة. إلى متى؟ قال: كل سنة أخرج كفارة واحدة عن جميع الأيمان يمكن يكون حلف في هذه السَّنة ٣٦٠ يمين عدد الأيام. هذا غير جائز وينبغي إذا علمنا أن من هذا نيته أن نلزمه لكل يمين بكفارة لأن هذا متحيل. لكن المسألة مفروضة في رجل توالى الحنث عنده يعني ما بين الحنث والثاني إلا ساعة أو ساعتان أو يماً أو يومان مما جرت به العادة فهذا الذي يكون فيه الخلاف. على ما اختاره شيخنا رحمه الله وشيخ الإسلام ابن تيمية وأكثر العلماء يقولون: إنه إذا تعددت الأيمان والمحلوف عليه وجب لكل يمين كفارة. فإذا قال والله لا أدخل هذا البيت والله لا أكلم فلاناً والله لا ألبس هذا الثوب، وحَنِثَ في الجميع كم يلزمه على هذا الاختيار؟ يلزمه ثلاثة كفارات. أما إذا اختلف الموجَب واضح أنه لا يتداخل، كاليمين والظهار، الموجَب واحد أم مختلف؟ مختلف، اليمين كفارته إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة. أما الظهار فكفارته عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين:** (اجتمعت عبادتان من جنس واحد-كصلاة مثلاً-، ولم تكن إحداهما مفعولة على جهة القضاء ولا على طريق التبعية للأخرى، احترازاً على ما لو اجتمع صلاة عصر حاضرة وصلاة ظهر مقضية، العبادتان من جنس واحد، لكن إحداهما مفعولة على جهة القضاء؛ فهنا لا يكتفي بالواحدة عن الأخرى، ومن هنا نعلم خطأ من أفتى بأن الإنسان يجوز أن ينوي بقضاء رمضان القضاء والست من شوال جميعاً؛ فهذا لا يجزئ لأن ستة أيام من شوال تابعة لرمضان: «من صام رمضان ثم أتبعه ستاً من شوال»، وكذلك أيضاً الموالاة على وجه التبعية للأخرى، فإن كان على وجه التبعية للأخرى؛ فإن هذا لا تجزئه إحداهما على الأخرى، مثال ذلك: لو أن أحداً قال: اريد أن أصلي الظهر وأنويها عن الفريضة وعن الراتبة؛ لا تصح لأن الراتبة تبع، وكذلك من أراد أن يصلي الفجر، فقال: أنويها عن الفجر وعن الراتبة؛ لا تصلح لأنها تبع لها) ا.هـ

إذا نوى الطهارتين جميعاً بها، وعنه: لا يجزئه عن الأصغر حتى يأتي بالوضوء، واختار أبو بكر أنه يجزئه عنهما إذا أتى بخصائص الوضوء من الترتيب والموالاة، وإلا؛ فلا، وجزم به صاحب «المبهج»[1]، ولو كان عادماً للماء، فتيمم تيمماً واحد ينوي به الحدثين؛ أجزاه عنهما بغير خلاف، ونص عليه أحمد في رواية مهنا[2].

ومنها: القارن إذا نوى الحج والعمرة؛ كفاه لهما طواف واحد، وسعي واحد على المذهب الصحيح، وعنه: لا بدّ من طوافين وسعيين؛ كالمفرد.

والقاضي وأبو الخطاب في «خلافيهما»[3] حكيا هذه الرواية على وجه آخر، وهو أنه لا تجزئه العمرة الداخلة في ضمن الحج عن عمرة الإسلام، بل عليه أن يأتي بعمرة مفردة بإحرام مفرد لها[4].

ومنها: إذا نذر الحج من عليه حج الفرض، ثم حج حجة الإسلام؛ فهل يجزئه عن فرضه ونذره؟

---

(١) «المبهج» هو لعبد واحد بن محمد بن علي الشيرازي (ت٤٨٦هـ) وهو مفقود.

(٢) **ابن عثيمين**: (رجل عليه جنابة، فنوى بغسله رفع الحدثين؟
المذهب أنه يجزئ، ويندرج الحدث الأصغر تحت الحدث الأكبر، وهنا اكتفينا بفعل واحد وهو الغسل، لكنه أجزأ عنهما بالنية.
في قول آخر: أنه لا يجزئ حتى يأتي بالوضوء، يتوضأ أولاً ثم يغتسل ثانياً، أو يغتسل ثم يتوضأ، المهم أن يأتي بهما معاً؛ فالنيتان بالغسل لا تجزئ عن الحدثين.
قول ثالث: لا يأتي بالوضوء، ولكن يجب أن يأتي بخصائص الوضوء من الترتيب والموالاة.
وفيه قول رابع، وهو أصحها: إنه إذا نوى رفع الحدث الأكبر أجزأ عن الأصغر؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾ [المائدة: ٦]، ولم يذكر وجوب الوضوء ولا وجوب نيته، وهذا القول هو الراجح على أنه يجزئ إذا نوى رفع الحدث الأكبر، أدى عن الأصغر؛ لأن الله تعالى لم يذكر شيئاً آخر سوى أن يطهر الإنسان) ا.هـ

(٣) الخلاف للقاضي اسمه «التعليق الكبير في المسائل الخلافية بن الأئمة» مرّ الكلام عليه وأما كتاب أبو الخطاب الكلوذاني واسمه «الانتصار في المسائل الكبار» فمرّ الكلام عليه.

(٤) **ابن عثيمين**: (الصحيح فيها القول الأول: أن طوافه وسعيه يجزئه عن الحج والعمرة؛ لقول النبي عليه الصلاة والسلام لعائشة: «طوافك بالبيت وبالصفا والمروة يسعك لحجك وعمرتك»، ولأن الرسول ﷺ كان قارناً كما قال الإمام أحمد: «لا شك أن النبي ﷺ كان قارنا»، ومع ذلك؛ لم يطف إلا طوافاً واحداً وسعياً واحداً.
وأما الرواية الثانية عن أحمد؛ فهي مذهب أبي حنيفة، يقول: «لا بد للقارن من طوافين وسعيين»، وأما التوجيه الذي ذكر عن القاضي وأبي الخطاب؛ فهو توجيه غير وجيه، وهو أنه إذا كان ذلك في واجب العمرة لم يجزئه، وفي التطوع يجزئه، والصواب أنه يجزئ في العمرة الواجبة وفي التطوع) ا.هـ

على روايتين[1]:

إحداهما: يجزئه عنهما، نص عليه أحمد في رواية أبي طالب[2]، ونقلـه عـن ابـن عبـاس[3]، وهي اختيار أبي حفص[4].

والثانية: لا يجزئه، نقلها ابن منصور وعبد الله[5]، وهي المشهورة.

وقد حمل بعض الأصحاب؛ كأبي الحسين في «التمام»[6] الروايـة الأولى علـى صحـة وقـوع النذر قبل الفرض، وفرضها فيما إذا نوى النذر أنه يجزئه عنه، وتبقى عليه حجة الإسـلام، ولا يصح ذلك.

ومنها: إذا نذر صوم شهر يقدم فيه فلان، فقدم في أول رمضان؛ فهل يجزئـه رمضـان عـن فرضه ونذره؟

على روايتين:

أشهرهما عند الأصحاب: لا يجزئه عنهما.

والثانية: يجزئه عنهما، نقلها المروذي[7]، وصرح بها الخرقي في «كتابه»[8]، وحملها المتأخرون على أن نذره لم ينعقد لمصادفته رمضان، ولا يخفى فساد هذا التأويل.

---

(١) **ابن عثيمين**: (الصحيح في هذا التفصيل أنه إن نذر أن يحج حج الفريضة؛ فحجة يجزئه عن الفريضة وعـن النـذر، وأما إذا نوى بالنذر حجاً مفرداً -أي: مستقلاً عن حجة الإسلام-؛ فإنه لا يجزئه الفرض عن النذر) ا.هـ

(٢) هو أحمد بن حميد المشكاني المعروف بأبي طالب (ت٢٦٦هـ) له مسائل كثيرة وكان مقرباً عند الإمام أحمد.

(٣) البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٦٨).

(٤) هو أبو حفص عمر بن أحمد بن إبراهيم البرمكي من فقهاء الحنابلـة ومـن النسـاك والزهـاد مـن مؤلفاتـه (المجمـوع) (شرح بعض مسائل كوسج) (ت٣٨٧هـ).

ابن عثيمين: (سؤال: إذا ما حجَّ هذا العام هل يقضي العام القادم؟ نعم يقضي ويُكفِّر كفارة يمين لفوات التعيين، وإذا مات حجَّ عنه وإخاف أن يمنع وجب عليه أن يقول لله علي نذر إلا أن منعني مانع. حينئذٍ لا يضره) ا.هـ

(٥) المسألة في مسائل عبدالله (رقم ٨٤٠) ولكن المثبت فيها الرائيان فقد نقل قول ابن عباس الـذي يوافـق القـول الأول وقول ابن عمر الذي يوافق القول الثاني.

(٦) واسم الكتاب «التمام لم صحَّ في الروايتين والثلاث والأربع عن الإمام، والمختار من الوجهين عن أصحابه العرانـين الكرام» وهو تكملة لكتاب والده «الروايتين والوجهين» الذي لم يتمه وكتاب التمام لابـن أبـي يعلـى محمـد الشـهير (ت٥٢٦هـ) والكتاب مطبوع وما نقله هو في (٢/ ٢٤١-٢٤٢).

(٧) المروذي هو أحمد بن محمد بن الحجاج (ت٢٧٥هـ) من المقدمين من أصحاب أحمد وله مسائل كثيرة لم يطبـع وهـو في عداد المفقود.

(٨) انظر المغني (١١/ ٣٥٦).

وعلى رواية الاجزاء؛ فقال صاحب «المغني»: لا بد أن ينويه عن فرضه ونذره، وقال الشيخ مجد الدين: لا يحتاج إلى نية النذر، قال: وهو ظاهر كلام أحمد والخرقي؛ لأنا نقدره كأنه نذر هذا النذر منجزا عند القدوم؛ فجعله كالناذر لصوم رمضان بجهة الفرضية[١]، وفيه بعد، ولو نذر صوم شهر مطلق فصام رمضان ينويه عنهما؛ فإنه يخرج على مسألة الحج، ذكره ابن الزاغوني وغيره[٢].

ومنها: لو نذر الصدقة بنصاب من المال وقت حلول الحول؛ فهل تجب فيه الزكاة؟

على وجهين:

وعلى القول بالوجوب؛ فهل تجزيه الصدقة به عن النذر والزكاة إذا نواهما؟

على وجهين، واختار صاحب «المغني» الإجزاء، وخالفه صاحب «شرح الهداية»[٣].

ومنها: لو طاف عند خروجه من مكة طوافاً واحداً ينوي به الزيارة والوداع؛ فقال الخرقي في «شرح المختصر» وصاحب «المغني»[٤] في (كتاب الصلاة): يجزئه عنهما.

ويتخرج فيه خلاف من المسألة التي بعدها[٥].

---

(١) المغني (١١/ ٣٥٦).

(٢) **ابن عثيمين:** (الصواب أنه يجزئه صوم رمضان عن النذر؛ لأنه صدق عليه أنه صام شهرا من وقت قدومه، فيجزئه عن النذر) ا.هـ

(٣) مرّ الكلام عليه وهو للفخر ابن تيمية.

(٤) المغني (١/ ٢٩٨).

(٥) **ابن عثيمين:** (هذه المسألة له ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن ينوي بالطواف طواف الزيارة والوداع.

والثانية: أن ينوي طواف الزيارة فقط.

والثالثة: أن ينوي طواف الوداع فقط.

فإذا نواهما؛ حصلا؛ لقول النبي عليه الصلاة والسلام: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»، وإذا نوى طواف الزيارة-وهو طواف الإفاضة-؛ أجزأه عن الوداع؛ لقول النبي عليه الصلاة والسلام: «لا ينصرف أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت»، وهذا الرجل كان آخر عهده بالبيت، وإذا نوى الوداع فقط؛ لم يجزئه عن طواف الإفاضة؛ لقول النبي عليه الصلاة والسلام: «إنما الأعمال بالنيات»، وهذا لم ينو إلا طواف الوداع؛ فلا يجزئه.

وقال بعض أهل العلم: أنه يجزئه عن طواف الإفاضة، ووجه ذلك أن طواف الإفاضة ركن، وإذا فعل الإنسان شيئاً من المناسك وعليه ركن؛ انقلب إلى ذلك الركن، قالوا: مثال ذلك: لو أن أحد حج تطوعاً وعليه الفريضة؛ ينقلب إلى الفريضة وإن لم ينوها، ولو أن رجلاً حج لآخر وهو عليه الفريضة؛ انقلبت الحجة إلى فريضته، مع أنه قد نوى غيرها. قالوا: هذا أيضاً مع أنه في طواف الوداع وعليه طواف الإفاضة ينقلب إلى طواف الإفاضة.

هذا القول قد يكون متوجهاً فيما لو تعذر أن يرجع الإنسان ليطوف طواف الإفاضة، أما إذا كان غير متعذر؛ فلا يجزئه لحديث «إنما الأعمال بالنيات»، وهذا الرجل ما نوى إلا الوداع، ولا يلزم من كون النسك كاملاً ينقلب إلى الفرض

=

ومنها: لو أدرك الإمام راكعاً، فكبر تكبيرة ينوي بها تكبيرتي الإحرام والركوع؛ فهل يجزئه؟

على روايتين حكاهما أبو الخطاب[١] وغيره.

واختيار القاضي عدم الإجزاء؛ للتشريك بين الركن وغيره، وأخذه من نص أحمد رحمه الله فيمن رفع رأسه من الركوع وعطس، فقال: الحمد لله، ربنا ولك الحمد؛ ينوي به الواجب، وسنة الحمد للعاطس: أنه لا يجزئه.

واختار ابن شاقلا[٢] الإجزاء، وشبهه بمن أخرج في الفطرة أكثر من صاع، ولا يصح هذا التشبيه.

ومن الأصحاب من قال: إن قلنا تكبيرة الركوع سنة؛ أجزأه، وحصلت السنة بالنية تبعا للواجب، وإن قلنا: واجبة؛ لم يصح التشريك، وفيه ضعف.

وهذه المسألة تدل على أن تكبيرة الركوع تجزئ في حال القيام خلاف ما يقوله المتأخرون[٣].

أن يكون أيضاً بعض أجزاء النسك ينقلب إلى الفرض؛ للفرق الظاهر بينهما على العموم هذه محل اجتهاده.
لكن إذا رأى الإنسان أنه في المشقة أنه يلزم الإنسان بأن يرجع ليطوف للإفاضة وأفتاه بالقول بالجواز فإنه ذلك يسعه إن شاء الله تعالى وإذا دخل المسجد للصلاة قد أقيمت فإن صلاته مع الجماعة أجزاته عن تحية المسجد) ا.هـ

(١) «الهداية» لأبي الخطاب (١/ ٤٣).

(٢) ابن شاقلا هو إبراهيم بن أحمد بن عمر (ت٣٩٦هـ) له شرح الخرقي وهو أول شرح لمختصر الخرقي بعد شرح الخرقي لمختصره.

(٣) **ابن عثيمين:** (المتأخرون رحمهم الله يرون أن تكبيرات الانتقال لا بد أن تكون فيما بين الركن المنتقل منه والمنتقل إليه، فإن بدأها قبل أو كملها بعد؛ فإنها لا تجزئه، يعني مثلاً: واحد يكبر للسجود: الله أكبر، ثم هوى، يقول: ما تجزئه التكبيرة، لا بد أن يكون التكبير فيما بين الركن إلى الركن، ولو قال: الله أكبر، والباء والراء عقب السجود؛ فإنها لا تجزئه، لا بد أن يكون التكبير فيما بين الركنين، ولا يشترط أن يستوعب ما بين الركنين، فلو قال: الله أكبر، وكمل التكبير قبل أن يصل الأرض؛ فإن ذلك يجزئه، لكن بعض الأصحاب اختار بأنه يجزئ التكبير، ولو ابتدأ به قبل أو أكمله بعد، وهذا ما ذكره ابن رجب رحمه الله هنا.
لكن هنا مسألة إذا قال الله أكبر عند القيام من الركوع ناسياً هل يقول سمع الله لمن حمده أم لا يقول؟ لا يقول؛ لأنه هنا أتى بذكر يعتقده هو المشروع فهنا أتى بذكر مشروع للانتقال لكنّه نسي فأتى بغير الواجب، فهذا نقول له لا تقل سمع الله لمن حمده ولكن اسجد للسهو قبل السلام لتركك الواجب، أما لو ذكر قبل أن يعتمد فهنا يقولها لأنه ذكره قبل أن يفوت المحل.
التكبير مرة واحدة والدخول فيها بالركوع تجزئ لأنهما عبادتان اجتمعتا في آن واحد فيكتفى بأحدهما وهو الركن وهذا هو الصحيح ولكن لو تمكن من التكبير للركوع فهو أفضل) ا.هـ

والضرب الثاني: أن يحصل له إحدى العبادتين بنيتها، وتسقط عنه الأخرى، ولذلك أمثلة:

منها: إذا دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة فصلى معهم؛ سقطت عنه التحية.

منها: لو سمع سجدتين معاً؛ فهل يسجد سجدتين أم يكتفي بواحدة؟

المنصوص في رواية البرزاطي[1]: أنه يسجد سجدتين، ويتخرج أنه يكتفي بواحدة.

وقد خرج الأصحاب بالاكتفاء بسجدة الصلاة عن سجدة التلاوة وجهاً؛ فهنا أولى[2].

منها: إذا قدم المعتمر مكة؛ فإنه يبدأ بطواف العمرة، ويسقط عنه طواف القدوم، وقياسه إذا أحرم بالحج من مكة ثم قدم يوم النحر: أنه يجزئه طواف الزيارة عنه.

والمنصوص ها هنا: أنه يطوف قبله للقدوم، وخالف فيه صاحب «المغني»[3]، وهو الأصح[4].

منها: إذا صلى عقيب الطواف مكتوبة؛ فهل يسقط عنه ركعتا الطواف؟

على روايتين، قال أبو بكر: الأقيس أنها لا تسقط، ونقل أبو طالب عن أحمد رحمه الله: يجزئه، ليس هما واجبتين، ونقل الأثرم[5] عنه: أرجو أن يجزئه، وهذا قد يشعر بأنه يحصل له بذلك الفرض وركعتا الطواف؛ فيكون من الضرب الأول؛ لكن لا يعتبر هنا نية ركعتي الطواف.

ويشبه هذه الرواية التي حكاها أبو حفص البرمكي عن أحمد في الجنب إذا اغتسل ينوي الجنابة وحدها: أنه يرتفع حدثه الأصغر تبعاً، وهي اختيار الشيخ تقي الدين[6].

وقد يقال: المقصود أن يقع عقيب الطواف صلاة، كما أن المقصود أن يقع قبل الإحرام صلاة، فأي صلاة وجدت؛ حصلت المقصود.

---

(١) هو الفرج بن الصباح البرزاطي نقل عن أحمد أشياء كثيرة.

(٢) لا يضر الفصل بالركوع لأن الفصل قليل.

(٣) المغني (٣/ ٢٨٨).

(٤) **ابن عثيمين**: (لا شك في هذا أن طواف الإفاضة يجزئه عن طواف القدوم؛ كما يجزئه طواف العمرة عن طواف القدوم فيما لو لم يقدم مكة، أحرم من الميقات، ثم ذهب إلى منى، ثم عرفة، ثم مزدلفة، ثم منى، ثم دخل يوم العيد في طواف الإفاضة؛ فها هنا يجزئه طواف الإفاضة عن طواف القدوم) ا.هـ

(٥) هو أحمد بن محمد بن هانئ (ت٢٧٣هـ) نقل عن أحمد مسائل كثيرة.

(٦) مجموع الفتاوى (٢١/ ٢٩٩، ٣٩٦، ٣٩٧)، شرح العمدة (الطهارة) (٣٧٦).

ومنها: لو أخر طواف الزيارة إلى وقت خروجه، فطافه؛ فهل يسقط عنه طواف الوداع أم لا؟ على روايتين، ونص في رواية ابن القاسم على سقوطه[1].

ومنها: إذا أدرك الإمام راكعاً، فكبّر للإحرام؛ فهل تسقط عنه تكبيرة الركوع؟

على روايتين أيضاً، والمنصوص عنه الإجزاء.

وهل يشترط أن ينوي بها تكبيرة الافتتاح أم لا؟

على روايتين، نقلهما عنه ابن منصور:

إحداهما: لا يشترط، بل يكفيه أن يكبر بنية الصلاة؛ وإن لم يستحضر بقلبه أنها تكبيرة الإحرام، كما لو أدرك الإمام في القيام.

والثانية: لا بد أن ينوي بها الافتتاح؛ لأنه قد اجتمع ها هنا تكبيرتان، فوقع الاشتراك؛ فاحتاجت تكبيرة الإحرام إلى نية تميزها، بخلاف حال القيام؛ فإنه لم يقع فيه اشتراك[2].

ومنها: إذا اجتمع في يوم جمعة وعيد؛ فأيهما قدم أولاً في الفعل؛ سقط به الثاني، ولم يجب حضوره مع الإمام.

وفي سقوطه عن الإمام روايتين.

وعلى رواية عدم السقوط؛ فيجب أن يحضر معه من تنعقد به تلك الصلاة، ذكره صاحب «التلخيص» وغيره؛ فتصير الجمعة ها هنا فرض كفاية تسقط بحضور أربعين.

ومنها: إذا اجتمع عقيقة وأضحية ؛ فهل تجزئ الأضحية، عن العقيقة أم لا؟

على روايتين منصوصتين، وفي معناه لو اجتمع هدي وأضحية، واختار الشيخ تقي الدين أنه لا تضحيه بمكة، وإنما هو الهدي[3].

---

(١) **ابن عثيمين:** (لأن الذي أراده النبي عليه الصلاة والسلام قد حصل وهو قوله: «لا يخرج أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت» هذا الرجل آخر عهده بالبيت) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (والمسالة هذه إما أن ينوي بها تكبيرة الإحرام أو ينوي أنها تكبيرة الركوع ويغفل عن هذا وعن هذا أما ينوي لا تكبيرة الإحرام ولا تكبيرة الركوع، إن نوى تكبيرة الإحرام إجزأته، وإن نوى تكبيرة الركوع لم تجزئه، وإن غفل فإنها على القول الراجح تجزئه، ونية دخوله في الصلاة كافية. ولأن الظاهر والله أعلم من حديث أبي بكرة أنه ما كبر إلا مرة واحدة والأفضل ثنتان) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (وما ذكره الشيخ رحمه الله قوي إلا لأهل مكة لأن أهل مكة يضحون كغيرهم وأما الآفاقيون فإن ما يضحونه يعتبر هدياً لا أضحية وبناءً على اختيار الشيخ رحمه الله نقول لا يمكن ان يجتمع هدي وأضحية في حق الآفاقي، وإنما الحكم بحقهم أنه هدي.

وفي العقيقة مثل إن كان لي ولد ويوم عيد الأضحى هو اليوم السابع له وأردت أن أذبح اثنين وأنوي أنهما عن الأضحية والعقيقة فهل يجزئ ذكر المؤلف فيها الخلاف على روايتين) ا.هـ

ومنها: اجتماع الأسباب التي تجب بها الكفارات وتتداخل في الأيمان والحج الصيام والظهار وغيرها، فإذا أخرج كفارة واحدة عن واحد منها معين؛ أجزأه، وسقطت سائر الكفارات؛ وإن كان مبهماً، فإن كانت من جنس واحد؛ أجزأه أيضاً وجهاً واحداً عند صاحب «المحرر»، وعند صاحب «الترغيب» أن فيه وجهين، وإن كانت من جنسين؛ فوجهان في اعتبار نية التعيين.

وأما الأحداث الموجبة للطهارة من جنس أو جنسين موجبهما واحد؛ فيتداخل موجبهما بالنية أيضاً بغير إشكال، وإن نوى أحدهما[1]؛ فالمشهور أنه يرتفع الجميع، ويتنزل ذلك على التداخل كما قلنا في الكفارات، أو على أن الحكم الواحد يعلل بعلل مستقلة، وإذا نوى رفع حدث البعض؛ فقد نوى واجبه، وهو واحد لا تعدد فيه.

وعن أبي بكر[2]: لا يرتفع إلا ما نواه. قال في «كتاب المقنع»[3]: إذا أجنبت المرأة ثم حاضت؛ يكون الغسل الواحد لهما جميعاً إذا نوتهما به.

ويتنزل هذا على أنه لا يعلل الحكم الواحد بعلتين مستقلتين، بل إذا اجتمعت أسباب موجبة؛ تعددت الأحكام الواجبة بتعدد أسبابها، ولم تتداخل وإن كانت جنساً واحداً.

ورجح صاحب «المحرر»[4] قول أبي بكر في غسل الجنابة والحيض؛ لأنهما مختلفا الأحكام؛ إذ المنع المرتب على الحيض يزيد على المنع المرتب على الجنابة؛ لأنهما مختلفا الأجناس بخلاف غيرهما؛ فهما كالجنسين، وغيرهما كالجنس الواحد.

ومن الأصحاب من قال: إن نوت رفع حدث الحيض؛ ارتفعت الجنابة لدخول موانعها فيه، ولا عكس[5].

---

(١) ابن عثيمين: (الصواب أحدها) ا.هـ

(٢) المحرر (٢/ ٩٣).

(٣) المقنع (١/ ٢٠٠-شرح المبدع)، والمقنع لابن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ).

(٤) المحرر (١/ ٢١).

(٥) ابن عثيمين: (الضابط في المسألة: أنه إذا اجتمعت أحداث من جنس واحد فإما أن ينويها جميعاً أو ينوي بعضها على أن لا يرتفع الباقي أو ينوي بعضها ويسقط عن الباقي فالأقسام ثلاثة. إذا نواها جميعاً ارتفعت مثل أن يأكل لحم إبل وينام ويتغوط ويبول ويخرج منه ريح هذه خمسة أسباب فإذا توضأ من أجل الريح ومن أجل بقية الأربعة
=

القاعدة التاسعة عشرة

إمكان الأداء ليس بشرط في استقرار الواجبات بالشرع في الذمة على ظاهر المذهب.

ويندرج تحت ذلك صور:

منها: الطهارة، فإذا وصل عادم الماء إلى الماء وقد ضاق الوقت؛ فعليه أن يتطهر ويصلي بعد الوقت، ذكره صاحب «المغني»[١]، وخالفه صاحب «المحرر»[٢]، وقال: يصلي بالتيمم، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية صالح[٣].

ومنها: الصلاة، فإذا طرأ على المكلف ما يسقط تكليفه بعد الوقت وقبل التمكن من الفعل؛ فعليه القضاء في المشهور، وقال ابن بطة وابن أبي موسى: لا قضاء عليه.

ومنها: الزكاة، فإذا تلف النصاب قبل التمكن من الأداء؛ فعليه أداء زكاته على المشهور؛ إلا

فإنه يجزئ عن الجميع بلا إشكال وإذا توضأ لأجل الريح مع عدم ذكره للبقية فإن الصحيح أيضاً يجزئه ويسقط الباقي وإذا توضأ للريح على أن لا يسقط غيره فالمذهب أنه لا يرتفع الحدث والقول الثاني أنه يرتفع لأن الرجل توضأ وضوءاً يرفع الحدث، وكذلك نقول في الغسل إذا نوى عن الجميع. مثلاً: امرأة حاضت فطهرت من الحيض ثم أصابتها جنابة فاغتسلت إن نوت الغسل عن الجنابة والحيض أجزأ بلا إشكال وإن نوته عن أحدهما وغفلت عن الباقي فإنه يجزئ أيضاً وإن نوته عن أحدهما على أن لا يرتفع الآخر فالمذهب أنه لا يرتفع إلا ما نوت والصحيح أنه يرتفع الجميع.

وأما الكفارات فالمذهب أنه إذا كان الموجب واحداً فإن كفارة واحدة تجزئ عن الجميع مثل: حلف على أن لا يقرأ من هذا الكتاب وحلف أن لا يسمع من هذا المسجل وحلف أن لا يشتري من شخص شيئاً هذه ثلاث لكن الموجب واحد كلها كفارة يمين فالمذهب يجزئ كفارة يمين واحدة عن هذه الثلاث لكن الجمهور يلزم لكل واحد كفارة لأن الأجناس متعددة فوجب أن تتعدد الكفارة بتعددها وهذا هو الأقرب لأن المحلوف عليه هنا متعدد. أما إذا اختلف الموجب فإنه لا تتداخل الكفارات مثل لو وجب عليه عتق رقبة مثل كفارة الظهار وكفارة القتل فهل يجزئ إذا أعتق رقبة عن الجميع؟ لا بل لابد أن يجعل رقبة لكل واحدة.

غسل الجمعة والجنابة إذا نواهما أجزأ وإذا نوى الجنابة أجزأ عن الجمعة وإذا نوى الجمعة الظاهر أنه لا يجزئ عن الجنابة لأن غسل الجمعة عن النظافة فقط.

إذا جامع في نهار رمضان أكثر من مرة أجزأته كفارة واحدة وإن تعدد وإذا كان في يومين فالمذهب وجب عليه كفارة عن كل يوم والقول الثاني أنه إن لم يكفر عن الأول أجزأته واحدة وإن كنت أرى أن هذا الصواب لكننا لا نفتي به لأننا نخشى أنه يجامع مع كل يوم ولا يكفر حتى لا تلزمه إلا كفارة واحدة وهذه مشكلة) ا.هـ

(١) المغني (١/ ١٥٠-١٥١).

(٢) المحرر (١/ ٢٣).

(٣) مسائل صالح (رقم ١١٩٠).

المعشرات[1] إذا تلفت بآفة سماوية لكونها لم تدخل تحت يده؛ فهي كالدين التاوي قبل قبضه.

وخرج الشيرازي وغيره وجهاً بالسقوط مطلقا[2].

ومنها: الصيام، فإذا بلغ الصبي مفطراً في أثناء يوم من رمضان، أو أسلم فيه كافر، أو طهرت حائض؛ لزمهم القضاء في أصح الروايتين[3].

ومنها: الحج؛ فلا يشترط الثبوت وجوبه في الذمة التمكن من الأداء على أظهر الروايتين، وإنما يشترط للزوم أدائه بنفسه[4].

وأما قضاء العبادات؛ فاعتبر الأصحاب له إمكان الأداء، فقالوا فيمن أخر قضاء رمضان لعذر

---

(١) ابن عثيمين: (المعشرات هي الحبوب والثمار) ا.هـ

(٢) ابن عثيمين: (الصحيح في هذه المسألة ما قاله الشيرازي، وهو سقوط الزكاة بشرط ألا يحصل من المالك تفريط، مثاله: رجل تم الحول على زكاة ماله، وهو صاحب دكان، فما تمكن من إخراج زكاة ماله عند تمام الحول، وهو عازم على إخراجها غداً، فسرقت دكانته، فلم يبق عنده شيء؛ فها هنا نقول: إن هذا تسقط عنه الزكاة؛ لأن هذا الرجل لم يفرط، والزكاة في ماله أمانة، والأمين إذا لم يفرط؛ فلا ضمان عليه، أما إذا فرط بأن وجبت الزكاة وتمكن من أدائها، لكنه ماطل وتأخر؛ ففي هذه الحال لا تسقط عنه الزكاة؛ فينظر في تأخيره؛ هل كان بتفريط أو بدونه) ا.هـ

(٣) ابن عثيمين: (الصحيح أن الصبي والكافر لا يلزمهما القضاء، ويلزمها الإمساك؛ لأنهما صارا من أهل الوجوب، ولا يلزمهما القضاء؛ لأن شرط الوجوب تأخر، والقضاء يلزمهم إذا كان يلزمهم الصيام من أول النهار، وهؤلاء لم يلزمهم الصيام من أول النهار، وأما المرأة إذا طهرت من الحيض؛ الصحيح أنه يلزمها القضاء وليس عليها الإمساك، والفرق بينهما أن مسألة الصبي والكافر تأخر وجود سبب الوجوب في حقهما، وأما الطهارة من الحيض؛ فهو زوال مانع الوجوب، والمسافر إذا قدم مفطراً؛ فالصحيح أنه لا يلزمه الإمساك، وعلى هذا فإذا قدم المسافر ووجد زوجته قد طهرت من الحيض؛ فيجوز له أن يجامعها على أحد القولين) ا.هـ

(٤) ابن عثيمين: (الحج لا يشترط لثبوته في الذمة التمكن من الأداء، ما دام الرجل قد استطاع وعنده مال؛ فإنه لا يشترط أن يتمكن من الأداء، لكن هذا شرط يشترط للزوم أداءه بنفسه، مثاله: رجل عنده مال، لكنه مريض مرضاً لا يرجى برءه، ولا يستطيع معه أن يحج بنفسه؛ فهذا الرجل التمكن من الأداء في حقه غير ممكن، لكن مع ذلك نقول: هذا شرط للزوم أداءه بنفسه؛ فلا يلزم أن يؤديه بنفسه، ولكن يلزم أن يؤديه بنائبه؛ فيقيم من يحج عنه، ومثل ذلك على رأي بعض الفقهاء المحرم للمرأة؛ هل هو شرط للوجوب، أم هو شرط للزوم الأداء بنفسه؟

فالمشهور من المذهب أنه شرط للوجوب، وقال بعض العلماء من بعض الأصحاب: إنه شرط للزوم الأداء، وبناء على ذلك إذا كانت امرأة غنية لكن ليس لها محرم يسافر معها أولها محرم لكن أبى أن يسافر معها؛ فهل يلزمها أن تنوب من يحج عنها؟ فالمذهب أنه لا يلزمها، وإذا ماتت لا يحج عنها من تركتها؛ لأن وجود المحرم شرط للوجوب لا للزوم الأداء بنفسه، والقول الثاني في المسألة أن وجود المحرم شرط للزوم الأداء بنفسها، وبناء عليه إذا لم تجد محرماً وأيست منه؛ فإنها تنيب من يحج عنها، والظاهر أنه شرط للوجوب؛ لأن من لا تستطيع شرعاً كالتي لا تستطيع حساً، والأحسن أن تحتاط وتوصي أن يحج عنها بعد موتها) ا.هـ

ثم مات قبل زواله: إنه لا يُطعم عنه، وإن مات بعد زواله والتمكن من القضاء؛ أطعم عنه[1].

وأما قضاء المنذورات؛ ففي اشتراط التمكن من الأداء[2] لها وجهان، فلو نذر صياماً أو حجاً، ثم مات قبل التمكن منه؛ فهل يقضي عنه؟

على وجهين.

وعلى القول بالقضاء؛ فهل يقضي الصيام الفائت بالمرض خاصة أو الفائت بالمرض والموت؟ أيضاً على وجهين[3].

---

(١) ابن عثيمين: (رجل أخر قضاء رمضان لعذر ثم مات؛ فإنه لا يُطعم عنه ولا يصام عنه من باب أولى، وآخر أخره لغير عذر ثم مات؛ فإنه يطعم عنه على المذهب، أو يصام عنه على القول الصحيح، مثال ذلك: إنسان مسافر في رمضان، والمسافر يجوز له الفطر، أفطر الرجل، وفي يوم العيد مرض الرجل، ودام به المرض حتى مات؛ فلا يطعم عنه، ولا يصام عنه؛ لأنه أخر الصوم لعذر. رجل آخر سافر في نهار رمضان، ورجع من سفره، وبقي معافاً إلى خامس ذي القعدة، ثم مرض ومات؛ فإنه يصام عنه على القول الصحيح، أو يطعم عنه على المذهب؛ لأنه أخر القضاء لغير عذر؛ إذ بقي معافى مدة يتمكن منها من قضاء الصوم؛ فلم يفعل) ا.هـ

(٢) ابن عثيمين: (والصواب أنه شرط غاية ما هنالك أن نلحق المنذور بالواجب بأصل الشرط) ا.هـ

(٣) ابن عثيمين: (والصواب اشتراط التمكن من الأداء، فلو نذر أن يحج هذا العام، ومات قبله؛ والصحيح أنه لا يقضي عنه؛ لأن الله عز وجل يقول: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦]، ومن تقوى الله عز وجل قضاء النذر؛ لأن الرسول ﷺ أمر بالوفاء بالنذر، فإن كان من التقوى ولم يستطعه؛ فالصواب أنه لا شيء عليه) ا.هـ

القاعدة العشرون

النماء المتولد من العين حكمه وحكم الجزء، والمتولد من الكسب بخلافه على الصحيح.

ويظهر أثر ذلك في مسائل[١]:

ومنها: لو كان عنده دون نصاب، فكمل نصاباً بنتاجه؛ فهل يحسب حوله من حين كمل كما لو كان النتاج من غيره، أو من حين ملك الأمهات؛ لأن النتاج جزء من الأمهات، فهو موجود فيها بالقوة من أول الحول[٢]؟

في المسألة روايتان[٣]، ولو كان له مئة وخمسون درهماً، فاتجر بها حتى صارت مئتين؛ فحولها من حين كملت بغير خلاف؛ لأن الكسب متولد من خارج، وهو رغبات الناس، لا من نفس العين[٤].

ومنها: لو عجل الزكاة عن نماء النصاب قبل وجوده؛ فهل يجزئه؟

فيه ثلاث أوجه، ثالثها: يفرق بين أن يكون النماء نصاباً؛ فلا يجزئ؛ لاستقلاله بنفسه في الوجوب، وبين أن يكون دون نصاب يجزئ لتبعيته للنصاب في الوجوب.

ويتخرج فيه وجه رابع بالفرق بين أن يكون النماء نتاج ماشية أو ربح تجارة؛ فيجوز في الأول دون الثاني من المسألة التي قبلها.

ومنها: لو اشترى شيئاً فاستغله ونما عنده، ثم رده بعيب، فإن كان نماؤه كسباً؛ لم يرده معه؟

---

(١) **ابن عثيمين:** (مثل الولد من البهيمة؛ أي: المتولد منها، والمتولد من الكسب مثل أجرة العبد وأجرة الدابة وما أشبه ذلك، هذا من النماء، ولكنه متولد من الكسب) ا.هـ

(٢) انظر المغني (٤/ ٨١).

(٣) **ابن عثيمين:** (عنده ثلاثون شاة، وبقيت على هذا العدد مدة عشرة شهور، ثم ولد منها عشرة أطفال؛ فأصبحت أربعين؛ فهل يحسب الحول من حين كمالها، أو من حين ملك الأمهات؟

يقول المصنف: في المسألة روايتان عن أحمد، والصحيح أن ابتداء الحول من حين بلغت النصاب إلا أن تكون دخلت ملكه وهي حوامل؛ فكأنها في حكم الموجود، وإما أن تكون حوائل ثم حملت بعد؛ فالصحيح أنه لا يعتبر) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين:** (أي: إن كسب الدراهم ليس متولداً من العين، وإنما هو يزيد من دراهم أخرى، وبسببها رغبات الناس في السلع، أو بسبب قلة السلع؛ فتزيد القيمة وما أشبه ذلك) ا.هـ

قال كثير من الأصحاب بغير خلاف. وإن كان متولداً من عينه؛ كالولد واللبن والصوف الحادث وثمر الشجر؛ فهل يرده معه؟

فيه روايتان معروفتان[١].

ومنها: لو قارض المريض في مرض الموت، وسمى للعامل أكثر من تسمية مثله صح، ولم يحتسب من الثلث، ولو ساقى وسمى للعامل أكثر من تسمية المثل؛ فوجهان أشهرهما أنه يعتبر الزيادة على تسمية المثل من الثلث؛ لحدوث الثمر من عين ملكه.

ومنها: لو فسخ المالك المضاربة قبل ظهور الربح؛ لم يستحق المضارب شيئاً، ولو فسخ المساقاة قبل ظهور الثمرة؛ استحق العامل أجرة المثل؛ لأن الربح لا يتولد من المال بنفسه، وإنما يتولد من العمل، ولم يحصل بعمله ربح، والثمر متولد من عين الشجر، وقد عمل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر؛ فكان لعمله تأثير في حصول الثمر وظهوره بعد الفسخ[٢].

ومنها: أن المشاركة بين اثنين بمال أحدهما وعمل الآخر إن كانت المشاركة فيما ينمو من العمل كالربح؛ جاز؛ كالمضاربة، وكمن دفع دابته أو عبده إلى من يعمل عليه بشيء من كسبه، فإنه يجوز على الأصح، وإن كانت المشاركة فيما يحدث من عين المال؛ كدر الحيوان ونسله؛ ففيه روايتان.

---

(١) **ابن عثيمين**: (النماء المنفصل للمشتري والنماء المتصل فيه خلاف، والصحيح أنه له أيضاً.

المذهب أن النماء المنفصل للمشتري والنماء المتصل يتبع العين، فإذا انفسخ البيع؛ كان مع العين، والصحيح كلاهما للمشتري، وإذا كان النماء كسباً؛ لم يرده، مثل أن يشتري عبداً ويبقى عنده أياماً وهذا العبد يكتسب، ثم رده لسبب من الأسباب؛ فالكسب للمشتري وإن كان متولد من عينه؛ كالولد والصوف وثمر الشجر واللبن يرده على روايتين، والصحيح أنه للمشتري) ا.هـ

وانظر «ذيل طبقات الحنابلة» (١/ ٧٣).

(٢) **ابن عثيمين**: (المضارب هو الذي تعطيه مالاً يتجر به وله سهم من الربح لو فسخ العامل أو المالك المضاربة قبل ظهور الربح؛ لم يستحق المضارب شيئاً، وأما في المساقاة؛ المساقاة معناها المفالحة؛ أنا عندي بستان أعطيته رجل يعمل عليه بنصف ثمره فله أجرة العمل إذا ظهر الثمر، وإن فسخ قبل ظهور الثمر، فإن كان الفاسخ المالك؛ فللعامل أجرة المثل لأنه عمل، ولعمله هذا تأثير على الشجرة، وبالتالي على الثمرة، وإن كان العامل؛ فلا شيء له لماذا له أجرة المثل لأن الشجرة تنتفع بعمله ولو لم تخرج الثمر بعد. هذا هو الفرق بينهما) ا.هـ

انظر: «المغني» (١٤/ ٢٠٣).

كثير من الأصحاب اختار فيه المنع؛ لأن العامل لا يثبت حقه في أصل عين المال، والمتولد من العين حكمه حكمها، ولكن هذا ممنوع عند من أجاز الاستئجار على حصاد الزرع بجزء منه أو على نسج الثوب ببعضه[١]، وذلك منصوص عن أحمد أيضاً.

واستثنى من ذلك أبو الخطاب في «انتصاره» ثمر الشجر، فإذا عمل الشريكان في شجر بينهما نصفين، واشترطا التفاضل في ثمره؛ جاز عنده، وفرق بين الثمر وغيره مما يتولد من عين المال: بأن للعمل تأثيراً في حصول الثمر بخلاف غيره، ولهذا المعنى جازت المساقاة[٢].

فأما الإجارة[٣] المحضة، فتجوز فيما ينتفع باستغلاله وإجارته من العقار وغيره، ولا يجوز فيما ينتفع بأعيانه؛ إلا فيما استثني من ذلك للحاجة؛ كالظئر ونحوها.

وعند الشيخ تقي الدين[٤] رحمه الله: أن الأعيان التي تستخلف شيئاً فشيئاً حكمه حكم المنافع؛ فيجوز استيفاؤها بعقد الإجارة كما تستوفى بالوقف والوصية[٥].

---

(١) **ابن عثيمين:** (أعطيت لهذا الرجل الدابة وقيل له: اعمل عليها ولك نصف الكسب؛ فهذا جائز لأنه يشبه المضاربة؛ فهذا أعطيته مالي يعمل به وله جزء من كسبه، وكذلك السيارة، وإن كانت المشاركة فيما يحدث من عين المال، كدر الحيوان ونسله، مثاله رجل قال لآخر: خذ هذه الشياه الثلاثة نمها ولك نصف نمائها؛ ففيه روايتان؛ لأن الجزء المسمى للعامل من عين المال، وكذلك لو قلت: خذ هذه الشاة قم بمصالحها ولك نصف ما يحصل من لبنها، فيه روايتان، والصحيح الجواز، وكذلك أن يقال: احصد هذا الزرع ولك الثلث لأنه معلوم مشاهد، وكذلك انسج الثوب ولك بعضه والصحيح أنه جائز وهؤلاء يقولون لا يجوز لأنه لا يجوز أن يعطى الإنسان العامل جزءاً من عين المال إنما يعطى في الكسب إما يعطى مما تولد منه فهذا لا يجوز وليس فيه دليل لأنه لا يمكن أن يكون شريك مع المالك به) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (المساقاة: مثل عندي بستان فيه أشجار ونخل فاعطيك هذا البستان على أن تعمل عليه أنت ولك نصف الثمر هذا يسمى المساقاة وتسمى معاملة وفي الحديث أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (الإجارة بيع للمنافع وليس بيع للعين ولهذا يجوز لمالك العين المؤجر أن يبعها لشخص آخر ولو كان مؤجراً.

الإجارة: أن أعطيك هذهِ الأرض على أن تعطي كل سنة مائة دينار أما المساقاة فهو أن يأخذ نصف ما زرع) ا.هـ

(٤) «القواعد النورانية» (١٤٩).

(٥) **ابن عثيمين:** (الإجارة عقد على منفعة، ولا يجوز أن تكون على الأعيان إلا ما استثني للحاجة؛ كالظئر (أي كالمرأة المرضعة)؛ فإنه يجوز أن تستأجر امرأة ترضع ولدك مع أن المعقود عليه لبن المرأة، واللبن عين الإجارة لا تكون على الأعيان؛ فقالوا: هذا مستثنى للضرورة؛ لأن جواز استجار المرأة للبن منصوص عليه في القرآن بقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [التغابن: ٦]، لكن ماذا قال بعض العلماء في الجواب على ذلك؟ قالوا إن =

القاعدة الحادية والعشرون

وقد يختص الولد من بين سائر النماء المتولد من العين بأحكام.

ويعبر عن ذلك بأن:

الولد هل هو كالجزء أو كالكسب؟ والأظهر أنه كجزء.

فمن ذلك لو ولدت الأمة الموقوفة ولداً؛ فهل يكون ملكاً للموقوف عليه كثمر الشجرة، أو يكون وقفاً معها؟

على وجهين، أشهرهما: أنه وقف معها؛ لأنه جزء منها، ولهذا يصح وقفه ابتداء، بخلاف الثمر[١].

ومنها: لو ولدت الموصى بمنافعها، فإن قلنا: الولد كسب؛ فكله لصاحب المنفعة، وإن قلنا: هو جزء؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه بمنزلتها.

والثاني: أنه للورثة؛ لأن الأجزاء لهم دون المنافع.

ومنها: هل يتبع الولد أمه في الكتابة الفاسدة كالصحيحة؟

فإن قلنا: هو جزء منها؛ تبعها، وإن قلنا: هو كسب؛ ففيه وجهان بناء على سلامة الاكتساب في الكتابة الفاسدة[٢].

عقد الإجارة في الظئر ليس على اللبن، وإنما هو على نقل الطفل ووضعه على اليد وإلقامه الثدي ونحو ذلك، وهذه منافع، ولكن يقال في رد ذلك: أنه لو كان صحيحاً لأجزأ أن يؤتى بامرأة ليس فيها لبن، وهذا غير مراد، بل العقد قام على اللبن، ومبنى كلامهم هذا أنهم اعتقدوا قبل أن يستدلوا، فلما اعتقدوا أن الإجارة لا تقع على الأعيان وإنما تقع على المنافع في جميع الصور؛ قالوا ما قالوا في هذه الصورة.

وقد أجاب شيخ الإسلام على هؤلاء وقال بأن الأعيان التي تحدث شيئاً فشيئاً؛ كالمنافع واللبن عين تحدث شيئاً فشيئاً فيكون كالمنفعة؛ فيجوز عقد الإجارة عليه، مثل ما تستوفي هذه المنافع في الوقف والوصية مع أنك في الوقف لا تملك عين الوقف، وإنما تملك الاستغلال، والوقف قد يكون ثمراً يؤكل، ولكنه لما كان يحدث شيئاً فشيئاً صار كالمنفعة، وبناء على ذلك قال شيخ الإسلام: «يجوز للإنسان أن يستأجر دابة لمدة أسبوع لأخذ لبنها مثلاً»، والمذهب يمنع ذلك) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين:** (مثاله أن يوقف الأمة على خدمة المسجد، ووقفها لا يمنع زواجها وولدها من غير وليها فهو رقيق) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (القاعدة الحادية والعشرون كلها في شيء غير موجود في واقعنا، والكتابة هي شراء العبد نفسه من سيده، والفاسدة ما اختل شرط من شروطها، والصحيحة ما تمت شروطها، والصواب أن ولد الموقوف موقوف) ا.هـ

القاعدة الثانية والعشرون

العين المنغمرة في غيرها إذا لم يظهر أثرها؛ فهل هي كالمعدومة حكماً أو لا؟

فيه خلاف، وينبني عليه مسائل[١]:

منها: الماء الذي استهلكت فيه النجاسة، فإن كان كثيراً؛ سقط حكمها بغير خلاف، وإن كان يسيراً؛ فروايتان.

ثم إن من الأصحاب من يقول: إنما سقط حكمها، وإلا؛ فهي موجودة، ومنهم من يقول: بل الماء أحالها؛ لأن له قوة الإحالة، فلم يبق لها وجود، بل الموجود غيرها؛ فهو عين طاهرة، وهي طريقة أبي الخطاب[٢].

ومنها: اللبن المشوب بالماء المنغمر فيه؛ هل يثبت به تحريم الرضاع؟

فيه وجهان:

أحدهما: وهو المحكي عن القاضي: أنه يثبت.

والثاني: لا، واختاره صاحب «المغني»[٣].

وعلى الأول؛ فإنما يحرم إذا شرب الماء كله؛ ولو في دفعات، ويكون رضعة واحدة، ذكره القاضي في «خلافه»[٤].

ومنها: لو خلط خمراً بماء، واستهلك فيه ثم شربه؛ لم يحد، هذا هو المشهور، وسواء قيل

---

(١) **ابن عثيمين:** (وهذه القاعدة من أهم القواعد، وأيضاً تتعلق بمسائل كثيرة موجودة في العصر الحديث) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (الصحيح أنه إذا لم يظهر أثر النجاسة؛ فهو طهور، فلو سقطت نقطة نجسة في قدر من الماء، ولم يظهر لها لون ولا أثر ولا طعم ولا ريح؛ فهو طهور، لكن هل نقول: إنها ذهبت واضمحلت وقضى عليها الماء، أو هي موجودة ولكن سقط حكمها؟ والخلاف أشبه ما يكون باللفظي) ا.هـ

انظر شرح العمدة (٣٣) الطهارة.

(٣) المغني (٨/ ١٤٠).

(٤) **ابن عثيمين:** (امرأة حلبت من لبنها في إناء، وصببنا عليه ماء، فقضى الماء على اللبن، وصار ما يوجد له أثر، ثم شربه الطفل؛ هل يثبت به تحريم الرضاع؟

فيه وجهان، والصحيح أنه لا يثبت لزوال الأثر، الذين قالوا بثبوت الرضاع قالوا: لا بد من شرب جميع الماء حتى تتيقن أن هذا الجزء المحلوب قد شربه الطفل، ويكون رضعة واحدة) ا.هـ

بنجاسة الماء أو لا.

وفي «التنبيه» لأبي بكر عبدالعزيز: من لت بالخمر سويقاً أو صبها في لبن أو ماء جار ثم شربها؛ فعليه الحد، ولم يفرق بين أن يستهلك أو لا يستهلك[١].

ومنها: لو خلط زيته بزيت غيره على وجه لا يتميز؛ فهل هو استهلاك بحيث يجب لصاحبه عوضه من أي موضع كان، أو هو اشتراك؟

في المسألة روايتان: المنصوص في رواية عبد الله[٢] وأبي الحارث[٣] أنه اشتراك، واختاره ابن حامد والقاضي في «خلافه»، واختار في «المجرد» أنه استهلاك[٤].

وأما إن كان المختلط غصباً؛ فقال في رواية أبي طالب: هذا قد اختلط أوله وآخره، أعجب إلي أن يتنزه عنه كله يتصدق به، وأنكر قول من قال: يخرج منه قدر ما خالطه[٥].

واختار ابن عقيل في «فنونه» التحريم؛ لامتزاج الحلال بالحرام، واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر.

وعلى هذا؛ فليس له إخراج قدر الحرام منه بدون إذن المغصوب منه؛ لأنها قسمة؛ فلا

---

(١) **ابن عثيمين**: (والصواب الأول، أنه إذا استهلك ولم يظهر له أثر؛ فإنه لا عبرة به، ولا يحد حتى لو شرب كل الماء الذي خلط فيه الخمر، وبناء على ذلك تكون هذا المواد التي يكون فيها شيء من الخمر طاهرة ما دام أثر الخمر لم يظهر عليها، فلو فرضنا أن هذا الطيب فيه مادة من الكحول تساوي (٢٪)؛ فإن (٢٪) لا تؤثر، فلا يكون حراماً، وأما النجاسة؛ فقد سبق لنا أن الصحيح طهارة الخمر، وأن نجاسته نجاسة معنوية، والمشهور أنه لا يحد؛ لأنه لم يشرب الخمر، وإنما شرب شيئاً استهلك فيه الخمر، وذهب أثره، فإن قلت: أليس قد ثبت في الحديث عن النبي ﷺ: «إن ما أسكر كثيره فقليله حرام»، فالجواب: أن النبي ﷺ لم يقل ما خلط فيه قليل من الخمر فهو حرام، بل قال: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» بمعنى: لو كان هذا الشراب إذا شربت منه كثيراً سكرت، وإن شربت قليلاً لم تسكر؛ فهو حرام لأنه وإن كنت لا تسكر من القليل، لكن ربما تُجر حتى تشرب الكثير ويحصل السكر) ا.هـ

(٢) مسائل عبدالله (١١٤٩).

(٣) هو أحمد بن محمد الصائغ وله مسائل كثيرة عن الإمام أحمد. ومسائله مفقودة.

(٤) **ابن عثيمين**: (إذا قلنا: إنه استهلاك؛ تعطيه بدل زيته من مكان آخر، وإذا قلنا: إنه اشتراك؛ فمعناه أن له نصيبه من الزيت نفسه، فمثلاً: عندي صاع من الزيت، وعندك صاع من الزيت، اختلط صاعي بصاعك، إن قلنا بأنه استهلاك؛ يعطيك صاعاً من زيت آخر، وإن قلنا اشتراك؛ فيعطيك من هذا الزيت، ولا يملك أن يعطيك من زيت آخر إلا برضاك، والله أعلم) ا.هـ

(٥) **ابن عثيمين**: (والإمام أحمد رحمه الله يرى أن من الورع أن يتنزع عنه ويتصدق به والسبب في ذلك لأنه اختلط الحلال بالحرام) ا.هـ

يجوز[1] بدون رضا الشريكين.

لكن لأصحابنا وجه في المكيل والموزون المشترك: أن لأحد الشريكين الانفراد بالقسمة دون الآخر، وهو اختيار أبي الخطاب، ونص عليه أحمد في الدراهم، ومنعه القاضي؛ لكنه قال في «خلافه»: إن كان الحق في القدر المختلط لآدمي معين؛ لم تجز القسمة بدون إذنه، وإن كان لغير معين كالذي انقطع خبر مالكه ووجب التصدق به؛ فللمالك الاستبداد بالقسمة؛ لأن له ولاية التصرف فيه بالصدقة، وهذا كله بناء على أنه اشتراك، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى: أنه استهلاك. قال في رواية المروذي: يخرج العوض منه، وهذا يحتمل أنه أراد أن يخرج بدله عوضاً منه.

وكذا ساقه المروذي في كتاب «الورع»[2] له: أن أحمد قال: يعطي العوض، ولم يقل: منه، وإن كان أراد أنه يخرج العوض من نفس المختلط؛ فهو بناء على أنه شركة، وأن له الاستبداد بقسمة ذلك[3].

ومنها: لو وصى له برطل من زيت معين، ثم خلطه بزيت آخر، فإن قلنا: هو اشتراك؛ لم تبطل الوصية، وإن قلنا: هو استهلاك؛ بطلت[4].

ومنها: لو حلف لا يأكل شيئاً، فاستهلك في غيره ثم أكله؟

قال الأصحاب[5]: لا يحنث، ولم يخرجوا فيه خلافاً؛ لأن مبنى الإيمان على العرف، ولم

---

(١) ابن عثيمين: (فلا تجوز أحسن) ا.هـ

(٢) الورع (٨٤).

(٣) ابن عثيمين: (إذا كان غصباً؛ ففيه هنا الخلاف؛ فالإمام أحمد يرى أن الورع أن يتجنبه لأنه اختلط بالحرام، ولا يمكن التمييز؛ فالأولى أن يتصدق به، وابن عقيل حرمه وهذا أشد من قول أحمد، والقول الثاني إنه استهلاك، وإذا جعلناه استهلاكاً؛ فإن لصاحب المال الذي اختلط ماله بالمغصوب أن يخرج بدل المغصوب من محل آخر ما دام قد استهلك؛ لأنه لم تبق عينه حين ذلك، وهذا الذي اختلط يبقى ملكاً لصاحبه) ا.هـ

(٤) ابن عثيمين: (لأن الوصية تبطل إذا تلف الموصى به؛ فقلنا: «استهلاك» معناه: أنه تلف، فتبطل الوصية، وإن قلنا: إنه «اشتراك»؛ فيبقى، فلا تبطل الوصية، والأقرب والله أعلم أنه اشتراك في جميع الصور؛ فإن صاعي لما اختلط بصاع الآخر أصبحا صاعين، وصار الصاعين مشتركين بينه وبين صاحب الزيت الآخر ولو استهلك لم يكن إلا صاعاً واحداً) ا.هـ

(٥) ابن عثيمين: (لو حلف أن لا يأكل حلاوة وسقطت في الماء وذابت، ولم يظهر طعمها في الماء؛ فهل يكون حانثاً؟ الجواب: لا؛ لأن الحلاوة قد استهلكت في هذا الشيء، ولو خلط لحم إبل في جريش، ثم أكل الجريش؛ فهل ينتقض وضوءه؟ الأظهر أن وضوءه ينتقض؛ لأكله اللحم يقيناً لأن اللحم ما تفتت بالمرة لأن فيه أجزاء لكن أجزاء خفية. والمرق لا ينقض على القول الصحيح، وفي وجه للأصحاب أنه ينقض الوضوء) ا.هـ

يقصد الامتناع من مثل ذلك.

وقد يخرج فيه وجه بالحنث، وقد أشار إليه أبو الخطاب كما سنذكره، وهذا كله في المائعات والأدقة ونحوها مما يختلط بعض أجزائه ببعض.

فأما الحبوب والدراهم ونحوها؛ فمن الأصحاب من قال: حكمها حكم المائعات فيما سبق، وفرعوا على ذلك مسائل:

منها: لو اشترى ثمرة، فلم يقبضها حتى اختلطت بغيرها، ولم تتميز؛ فهل ينفسخ البيع؟ على وجهين، اختار القاضي في «خلافه» الانفساخ، وفي «المجرد» عدمه.

ومنها: لو حلف لا يأكل حنطة، فأكل شعيراً فيه حبات حنطة؟

ففي حنثه وجهان ذكرهما أبو الخطاب، وغلّطه صاحب «الترغيب» وقال: يحنث بلا خلاف؛ لأن الحب متميز لم يستهلك، بخلاف ما لو طحنت الحنطة بما فيها فاستهلكت؛ فإنه لا يحنث[1].

ومنها: لو اختلطت دراهمه بدراهم مغصوبة؛ فالمنصوص عن أحمد في رواية المروذي: إن كانت الدراهم قليلة؛ كثلاثة فيها درهم حرام؛ وجب التوقف عنها حتى يعلم، وإن كانت كثيرة؛ كثلاثين فيها درهم حرام؛ فإنه يخرج منها درهماً واحداً، ويتصرف في الباقي.

وله نصوص كثيرة في هذا المعنى، وعلل بأن الكثير يجحف بماله إخراجه، وأنكر على من قال: يخرج قدر الحرام من القليل؛ كالثلاثة إنكاراً شديداً.

وأما القاضي؛ فتأول كلامه على الاستحباب؛ لأنه كلما كثر الحلال بعد تناول الحرام، وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل، قال: والواجب في الجميع إخراج قدر الحرام.

وكذلك ذكر ابن عقيل في «فصوله»، وخالف في «الفنون» وقال: يحرم الجميع[2].

---

(١) **ابن عثيمين**: (الصحيح انه يحنث) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (الصواب انه يخرج قدر الحرام، سواء أكان كثيراً أم قليلاً؛ لأنه ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة:٢٨٦]؛ فكيف يجب عليه أن يتصدق بما له، وهو يستطيع أن يخرج قدر الحرام منه، فإذا اختلط درهم مغصوب بثلاثة دراهم، إذا قلنا: إن الدرهم لا تتعين؛ فالواجب إخراج واحداً منها، ولكن إذا أخرجت واحداً يحتمل انه ليس هو، يحتمل أنه الثاني، وإن أخرجت الثالث يحتمل انه الرابع، وهكذا، ولكن لو أصبحت ألفاً؛ فلا يلزمه إلا في القليل، ويعترض عليه بأنه رب شخص عنده ألف درهم، وهي بالنسبة لماله ليست شيئاً، ورب شخص عنده أربعة دراهم، وهي بالنسبة له كل ماله؛ فالصواب في هذه المسألة أنه لا يجب عليه إلا إخراج مقدار الحرام فقط) ا.هـ

ومنها: لو خلط الوديعةوهي دراهم بماله، ولم تتميز؛ فالمشهور الضمان؛ لعدوانه حيث فوت تحصيلها.

وعنه رواية أخرى: لا ضمان عليه؛ لأن النقود لا يتعلق الغرض بأعيانها، بل بمقدارها، وربما كان خلطها مع ماله أحفظ لها، وعلى هذه الرواية؛ فإذا تلف بعض المختلط بغير عدوان جعل التالف كله من ماله، وجعل الباقي من الوديعة، نص عليه؛ لأن هذه الأمانة الأصل بقاؤها ووجوب تسليمها، ولم يتيقن زوال ذلك، ولهذا قلنا: لو مات وعنده وديعة وجهل بقاؤها أنها تكون ديناً على التركة.

وتأول القاضي وابن عقيل كلام أحمد رحمه الله في الضمان هنا على أن الخلط كان عدواناً، وهذا يدل على أنه لا ضمان عندهما إلا مع التعدي، ولو اختلطت الوديعة بغير فعله، ثم ضاع البعض؛ جعل من مال المودع في ظاهر كلام أحمد، ذكره أبو البركات ابن تيمية في «شرح الهداية»، وقد تقدم أن القاضي ذكر في «الخلاف» أنهما يصيران شريكين، قال أبو البركات: ولا يبعد على هذا أن يكون الهالك منهما[1].

وذكر القاضي أيضاً في بعض «تعاليقه» فيمن معه دينار أمانة لغيره، فسقط منه مع دينار له في رحى، فدارت عليهما حتى نقصا، وكان نقص أحدهما أكثر من نقص الآخر، ولم يدر أيهما له؛ أنه يحتاط فيدفع إلى صاحب الأمانة ما يغلب على ظنه أنه قدر حقه، فإن ادعى أن الثقيل له؛ القول قوله في الظاهر؛ لأن يده عليه، والله أعلم[2].

---

(١) **ابن عثيمين:** (هذا هو الأحسن ما لم يكن بتعد، وتكون بينهما بالنسبة؛ فمثلاً: عندي وديعة ألف درهم، وأملك ألفي درهم، فوضعت الألف من الألفين، ثم سرق ألف وخمس مئة، إن جعلتُ الضرر علي؛ صار معناه أعطي صاحب الوديعة ألفاً كاملة، وإن جعلناها مشتركاً؛ صار لكل واحد منا نصف حقه؛ فيكون الألف والخمس مئة الباقية لي منها ألفٌ، وله منها خمسة مئة، وهذا هو الراجح) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (وهذا على سبيل الاحتياط، أما على سبيل الوجوب؛ فلا بد من المصالحة، ويحتمل أنه مبني على الخلاف) ا.هـ

القاعدة الثالثة والعشرون

من حرم عليه الامتناع من بذل شيء سئله فامتنع؛ فهل يسقط إذنه بالكلية، أو يعتبر ويجبره الحاكم عليه؟

هذا نوعان:

أحدهما: أن يكون المطلوب منه إذناً مجرداً، ويندرج تحته صور:

منها: وضع الخشب على جدار جاره إذا لم يضر به، وقد نص أحمد على عدم اعتبار إذنه بالكلية في ذلك، وفي «التلخيص» أنه يجبر عليه إن أباه[1].

ومنها: حج الزوجة الفرض، ونص أحمد في رواية صالح على أنها لا تحج إلا بإذنه، وأنه ليس له منعها؛ فعلى هذا يجبر على الإذن لها، ونقل ابن أبي موسى عن أحمد: أن استئذانها له مستحب ليس بواجب.

ومنها: إذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد؛ فهل يتوقف على إذن السيد له؟

حكى الأصحاب فيه روايتين:

إحداهما: لا تجب على العبد حتى يأذن له السيد.

والثانية: تجب بدون إذنه، ويستحب له استئذانه، فإن أذن له، وإلا؛ خالفه وذهب.

ومنها: أخذ فاضل الكلأ والماء من أرضه؛ هل يقف جواز الدخول إلى الأرض على إذنه ويجبر عليه إن أباه، أم يجوز بدون إذنه؟

---

(١) ابن عثيمين: (إنسان وجب عليه أن يبذل شيئاً، فامتنع؛ فهل يسقط إذنه، أم لا بد من إجباره على الإذن؟

مثال ذلك: الإنسان يجب عليه الإنفاق على قريبه، فامتنع؛ فهل يسقط إذنه ونأخذ من ماله بغير إذنه، أو إذنه معتبر يجب أن يأذن، ولكن يجبره الحاكم على أن يأذن؟

مثال آخر: هذا الجار لم يسمح لجاره بوضع الخشب على جداره، مع أنه لا يضره؛ فهل يسقط إذنه ونضع نحن أذن أو لم يأذن، أو لا بد من إذنه والقاضي يجبره؟

بينهما فرق، إذا قلنا: إنه يسقط إذنه؛ فللجار أن يضع ولا يذهب إلى القاضي، وإذا قلنا: يعتبر ويجبر؛ معناه لا بد من المرافعة إلى القاضي لأجل أن يجبره.

ورد في المسألة قوله ﷺ: «لا يمنعن جار جاره أن يغرز خشبة في جداره»، والنص يوحي باعتبار الإذن، وعندي أن حديث هند مع أبي سفيان كان بدون إذنه) ا.هـ

على وجهين[1].

ونص أحمد على جواز الرعي في الأرض المغصوبة يدل على عدم اعتبار الإذن في ذلك، ومن الأصحاب من قال: الخلاف في غير المحوط، فإما المحوط؛ فلا يجوز دخوله بغير إذن بغير خلاف. قال: ومتى تعذر الاستئذان لغيبة المالك أو غيرها، أو استؤذن فلم يأذن؛ سقط إذنه كما في الولي في النكاح، ونقل مثنى الأنباري[2] عن أحمد ما يشعر بالفرق بين الدخول للماء والكلأ؛ فيتعين الاستئذان للدخول للكلأ دون الماء.

ومنها: بذل الضيافة الواجبة إذا امتنع منها جاز الأخذ من ماله ولا يعتبر إذنه في أصح الروايتين.

نقلها علي بن سعيد[3] عن أحمد، ونقل عنه حنبل لا يأخذ إلا بعلمهم ويطالبهم بقدر حقه[4].

ومنها: نفقة الزوجة الواجبة[5].

ومنها: الطعام الذي يضطر إليه غيره؛ فإنه يلزمه بذله له قيمته، فإن أبى؛ فللمضطر أخذه قهراً، وإنما سقط اعتبار الإذن في هذه الصور؛ لأن اعتباره يؤدي إلى مشقة وحرج، وربما أفضى

---

(١) ابن عثيمين: (الناظر إلى النص «لا يمنعن جار جاره» يبدو له أنه لا بد من إذنه؛ لأنه يقول: «لا يمنعن»، فلو لم يكن له إذن؛ لقال الرسول ﷺ: «وللجار أن يضع خشبة على جدار جاره»، والأصح أنه يجبر؛ لأنه إذا منع قد يكون له عذر، فإذا قلنا بسقوط إذنه؛ لقلنا: إن الجار يضع الخشبة بدون إنذار، وهذا قد يكون فيه ضرر ونزاع كبير وعداوة دائمة وفتنة، فإذا جاء الإجبار من قبل الحاكم؛ زالت هذه المحاذير) ا.هـ

(٢) من تلاميذ أحمد مُثَنّى بن جامع الأنباري، قيل إنّه كان مجاب الدعوة، وله مسائل كثيرة عن الإمام أحمد.

(٣) هو علي بن سعيد بن جرير النَّسَوي (ت٢٥٦هـ)، كان يناظر الإمام أحمد نقل عن أحمد مسائل كثيرة.

(٤) ابن عثيمين: (الصحيح أنه يأخذ بقدر ما يكفيه لسد حاجته، ولو دون إذن إن منعوه، وهي واجبة يوم وليلة؛ إلا أن الفقهاء اشترطوا أن تكون في القرى دون الأمصار؛ لأنها لا تخلو من المطاعم والفنادق وغيرها من سبل الأكل والشرب والمبيت) ا.هـ

(٥) ابن عثيمين: (يجوز للزوجة أن تأخذ نفقتها بدون إذن زوجها إن منعها النفقة وإن لم يعلم، ولهذا قال النبي عليه الصلاة والسلام لهند بنت عتبة: «خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف»، وكذلك الأم إذا رفض ابنها أن ينفق عليها وقدرت على أن تأخذ شيئاً من ماله؛ فلتأخذ، ولا يلزمها أن ترفع أمرها للحاكم، وهند رفعت أمرها للرسول ﷺ من باب معرفة الحكم لا من باب التحاكم، ولو كان من باب التحاكم ما حكم لها ﷺ وزوجها غائب ولم يسمع منه) ا.هـ

إلى فوات الحق بالكلية[١].

النوع الثاني: أن يكون المطلوب منه تصرفاً بعقد أو فسخ أو غيرهما، ويندرج تحته صور:

منها: إذا طلب منه القسمة التي تلزمه الإجابة إليها، والأصحاب يقولون: يجبر على ذلك، فإن كان المشترك مثلياً وهو الكيل والموزون، وامتنع أحد الشريكين من الإذن في القسمة أو غاب؛ فهل يجوز للشريك الآخر أخذ قدر حقه منه بدون إذن الحاكم؟

على وجهين:

أحدهما: الجواز، وهو قول أبي الخطاب.

والثاني: المنع، وهو قول القاضي؛ لأن القسمة مختلف في كونها بيعاً وإذن الحاكم يرفع النزاع[٢].

ومنها: إذا امتنع من بيع الرهن؛ فإن الحاكم يجبره عليه ويحبسه، فإن أصر؛ باع عليه، ومن الأصحاب من يقول: الحاكم مخير؛ إن شاء أجبره على البيع، وإن شاء باع عليه. وهو المجزوم به في «المغني».

ومنها: إذا امتنع من الإنفاق على بهائمه؛ فإنه يجبر على الإنفاق أو البيع، كذا أطلقه كثير من الأصحاب، وقال ابن الزاغوني: إن أبى؛ باع الحاكم عليه.

ومنها: المؤلي إذا وقف، ثم امتنع من الفيئة؛ فإنه يؤمر بالطلاق، فإن طلق؛ فذاك، وإلا؛ ففيه روايتان:

---

(١) **ابن عثيمين**: (فالمضطر للطعام -إذا قلنا: لا بد الإذن- قد يموت جوعا قبل أن يرفع أمره إلى القاضي حتى يأخذ له الإذن، وهنا مسألة: إذا انقطع الإنسان بسيارته في الصحراء، وأراد أن يشتري شيئا من صاحب محل قريب، وعلم هذا باضطراره؛ فرفع قيمة السلعة أكثر من الثمن؛ فله أن يأخذها بقيمتها؛ ولو أن يحتال عليه أو يهرب) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (إذا كان المطلوب منه تصرفاً بعقد أو فسخ وامتنع؛ فهنا لا بد أن يجبر؛ إذ لا بد أن يفعله هو بنفسه؛ ففي النوع الأول: المطلوب منه الإذن فقط، وفي هذا المطلوب منه التصرف بعقد أو فسخ، مثال ذلك: إذا طلب منه القسمة التي تلزمه الإجابة إليها، وهي القسمة فيما لا ضرر في قسمته، مثاله: بيني وبينك مئة صاع من بر، لكل واحد منا خمسون صاعاً، فقلت له: اقسم، أريد حقي ففي هذه الحالة يلزمه أن يقسم، فإن امتنع؛ فلا أستقل أنا بالقسمة، بل لا بد أن أذهب إلى الحاكم ويجبره إن كان حاضراً، فإن لم يكن حاضراً؛ فالحاكم يقوم مقامه، وكذلك كانت هناك أرض مشتركة، ونحن فيها أنصافا؛ فإنه في هذه الحال إذا طلب أحد الشريكين القسمة أجبر الآخر، ولا يستطيع أحد أن يستقل بالقسمة، بل لا بد من رفع الأمر إلى الحاكم) ا.هـ

إحداهما: يجبر على الطلاق بالحبس والتضييق.

والثانية: يطلق الحاكم عليه[(١)].

ومنها: العنين إذا انقضت مدته وتحقق عجزه وأبى أن يفارق زوجته؛ فرق الحاكم بينهما[(٢)].

ومنها: إذا مثل بعبده: قال أحمد في رواية الميموني: يعتقه السلطان عليه، وظاهر هذا أنه لا يعتق بمجرد التمثيل، ولكن يعتقه السلطان عليه بغير اختياره؛ لأن عتقه صار محتملاً محالة؛ كما فعل عمر ﷺ[(٣)]، بخلاف طلاق المؤلي؛ فإنه لو فاء لم يطالب بالطلاق كما هو المشهور عند الأصحاب، فيحتمل أن يكون مراده أن السلطان يحكم عليه بوقوع العتق كما هو المعروف في المذهب، وفيه بعد.

ومنها: الموصى بعتقه إذا امتنع الوارث من إعتاقه؛ أعتقه السلطان عليه.

ومنها: إذا اشترى عبداً بشرط العتق، وقلنا: يصح على الصحيح، فأبى أن يعتقه؛ ففيه وجهان، وقيل روايتان:

إحداهما: ونص عليها أحمد في رواية الأثرم: أن للبائع الفسخ؛ بناء على أنه حق له.

والثاني: أنه يجبر المشتري على عتقه؛ بناء على أنه حق لله تعالى.

فعلى هذا إن امتنع وأصر؛ توجه أن يعتقه الحاكم عليه.

ومنها: الحوالة على المليء؛ هل يعتبر لبراءة المحيل رضا المحتال، فإن أبى أجبره الحاكم عليه؛

---

(١) **ابن عثيمين:** (اختلف العلماء في المؤلي؛ فمنهم من يقول: إذا تمت الأربعة أشهر؛ انفسخ العقد، ولا حاجة لتخييره، ومنهم من قال: إذا تمت الأربعة أشهر يقال له: إما أن ترجع، وإما أن تطلق؛ فهل للحاكم أن يطلق عليه، أو أن يجبره على الطلاق؟

فيه روايتان كما قال المؤلف:

أحدهما: يجبر على الطلاق بالحبس والتضييق حتى يطلق.

والثانية: يطلق الحاكم عليه) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (العنين: هو الذي لا يستطيع الوصل؛ أي: لا يستطيع أن يجامع زوجته، فإنه يؤجل سنة كاملة، فإن قدر؛ فبها ونعمت، وإلا فسخ العقد) ا.هـ

(٣) أخرجه مسلم (١٦٥٧).

لأن احتياله على المليء[١] واجب عندنا أو يبرأ بمجرد الحوالة؟

فيه عن أحمد روايتان[٢] حكاهما القاضي في «خلافه» وطائفة من الأصحاب، ومبناهما على أن الحوالة هل هي نقل للحق أو تقبيض؛ فإن كانت نقلاً؛ لم يعتبر لها قبول، وإن كانت تقبيضاً؛ فلابد من القبض بالقول، وهو قبولها؛ فيجبر المحتال عليه.

ومنها: الولي في النكاح إذا امتنع من التزويج؛ فهل يسقط حقه وينتقل إلى غيره ممن هو أبعد منه، أو لا فيقوم الحاكم مقامه[٣]؟

على روايتين.

ومنها: إذا أسلم على أكثر من أربع، وأبى أن يختار منهن؛ أجبره الحاكم على الاختيار، وعزره مرة بعد أخرى حتى يختار ولم يختر له؛ إذ الاختيار موكول إلى شهوته وغرضه لا غير[٤].

ومنها: الكتابة إذا أوجبناها بسؤال العبد، فأبى السيد؛ أجبره الحاكم عليها[٥].

---

(١) **ابن عثيمين**: (المليء: هو القادر على الوفاء، الباذل له، الممكن إحضاره لمجلس الحكم؛ فهو من جمع ثلاثة أوصاف: أن يكون قادراً، باذلاً، يمكن إحضاره لمجلس الحكم، فإن كان فقيراً؛ فليس بمليء، وإن كان غنياً مماطلاً -أي: غير باذل-؛ فليس بمليء، وإن كان قادراً باذلاً، لكن لا يمكن إحضاره إلى مجلس الحكم؛ فليس بمليء، مثل: لو أحالني على أبي، أو أحالني على أمير، أو ليس موجوداً.
فلا يلزمه القبول فإن كان من باب التيسير رجّح الوجوب وإن قلت أنه حق ثابت على المحيل ترجّح قول الجمهور أن الأمر ليس للوجوب) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (الحوالة على مليء؛ هل يعتبر فيها رضا المحال أم لا؟
فيه روايتان، والمذهب أنه يجب القبول، ودليله قوله ﷺ: «من أتبع بدينه على مليء؛ فليتبع».
قالوا: فالأمر للوجوب، وهذا هو مذهب احمد، والجمهور على أن الأمر للاستحباب، وليس للوجوب، وقالوا: إن المحال على الملأ لا يلزمه القبول؛ لأن له أن يقول: «حقي عندك وفي ذمتك؛ فلا أقبل غيرك وفي النفس شيء بالنسبة للوجوب») ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (والصواب أنه ينتقل الحق إلى ما هو أبعد منه، لأنه من أبعد منه أولى من الحاكم ولو قيل بأن الحاكم يجبرهُ على أن يعقد لم يكن بعيداً؛ لأنه قد يمتنع الأبعد خوفاً من الفتنة مثل أن الأب يرفض زواج ابنته فنقول للعم زوج ابنة أخيك يقول العم إني أخاف الفتنة مع أخيه وقد يعتدي الأب على أخيه بسبب أنه زوج ابنته ففي هذه الحال قد نقول أن الحاكم يتولى العقد أو يجبر الولي على العقد والمذهب أنها تنتقل إلى من بعده) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين**: (صحيح لأن الحاكم ممكن يختار أربع وهو يكرههن فيجبر مرة بعد أخرى حتى يختار) ا.هـ

(٥) **ابن عثيمين**: (والمذهب أنها لا تجب ولكن ظاهر الآية الوجوب والصحيح أن العبد إذا طلب الكتابة وأنه له فيها خير يجب مكاتبته) ا.هـ

ومنها: إذا أتاه الغريم بدينه الذي يجب عليه قبضه، فأبى أن يقبضه؟

قال في «المغني»[(١)]: يقبضه الحاكم، وتبرأ ذمة الغريم لقيام الحاكم مقام الممتنع بولايته، ولو أتاه الكفيل بالغريم، فأبى أن يتسلمه؛ فقال في «المغني»[(٢)]: يشهد على امتناعه، ويبرأ لوجود الإحضار[(٣)]، وذكر عن القاضي: أنه يرفعه إلى الحاكم أولاً ليسلمه إليه، فإن تعذر؛ أشهد على امتناعه.

(١) المغني (٤/ ٣٥٨).

(٢) المغني (٤/ ٣٥٨).

(٣) **ابن عثيمين**: (الكفيل: هو الذي التزم بإحضار بدن المكفول، وهو غير الضامن؛ فالضامن يكفل الدين (أي: المال)، وأما الكفيل؛ فإنه يكفل إحضار البدن، مثاله: أردت أن أقرض زيداً مئة درهم، ولكن قلت له: أنا لا أعرفك، فأحضر لي إنساناً يكفلك؛ فأتي لي بشخص يكفله -أي: يحضره-؛ فالكفيل جاء لي بالغريم، وقال: هذا غريمك استوف حقك منه، فإن امتنعت من استيفاء حقي منه، وأشهد علي- أي: على امتناعي- برأ الكفيل، وذلك لأنه وجد إحضاره) ا.هـ

القاعدة الرابعة والعشرون

من تعلق بماله حق واجب عليه، فبادر إلى نقل الملك عنه؛ صح[١]، ثم إن كان الحق متعلقا بالمال نفسه؛ لم يسقط، وإن كان متعلقا بمالكه لمعنى زال بانتقاله عنه[٢]؛ سقط، وإن كان لا يزول بانتقاله؛ لم يسقط على الأصح.

ويدخل تحت ذلك صور:

منها: لو بادر الغال قبل إحراق رحله وباعه؛ ففيه وجهان حكاهما في «المغني»[٣]:

أحدهما: يصح؛ لأن ملكه باق لم يزل، ويسقط التحريق لانتقاله عنه؛ فهو كما لو مات وانتقل إلى وارثه.

والثاني: ينفسخ البيع ويحرق؛ لأن حق التحريق أسبق، وقد تعلق بهذا المال عقوبة لمالكه على جريمته السابقة[٤].

ومنها: لو باع المشتري الشقص المشفوع قبل المطالبة بالشفعة؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أن البيع باطل؛ لأن ملكه غير تام، وهو ظاهر كلام أبي بكر في «التنبيه».

والثاني: أن البيع صحيح، وهو قول الخرقي[٥] والمشهور في المذهب؛ لأن أخذ الشفيع من المشتري الثاني ممكن، فإن اختار ذلك؛ فعل، وإلا؛ فسخ البيع الثاني، وأخذ من الأول لسبق حقه عليه.

ومنها: لو أمر الذمي بهدم بنائه العالي، فبادر وباع من مسلم؛ صح، وسقط الهدم لزوال

---

(١) **ابن عثيمين**: (مثل رجل عنده مال وجبت فيه الزكاة تعلق به الآن حق واجب عليه لكنّه بادر بنقل الملك فيه يقول المؤلف يصح) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (كالنفقات مثلاً فهذه تجب في الذمة فإذا نقل ملكه، فإن النفقة لا تزول بانتقال ملكه عنه بل هي باقية على المنفق ما دام له مال) ا.هـ

(٣) المغني (٩/٢٤٦).

(٤) **ابن عثيمين**: (وصورة هذه المسألة: أنه إذا غل زيد شاة، فإن القائد يحرق رحل زيد مجازاة له على غله الشاة تأديباً وليس جناية، وإذا باع زيد رحله قبل أن يحرقه القائد؛ ففيه الوجهان، ومن قال بالتحريق؛ فإنه يستثني السلاح والمصحف، وما فيه روح من الرحل ويحرق الباقي ويرد ما غله في الغنيمة) ا.هـ

(٥) المغني (٥/٢١٨).

علته؛ فإنه لم يجب الهدم إلا لإزالة ضرر استدامة تعلية الذمي، لا عقوبة للتعلية الماضية، وقد زال الضرر بانتقاله إلى مسلم؛ فهو كما لو بادر المالك وأسلم؛ فإن الهدم يسقط بلا تردد.

ومنها: لو مال جداره إلى ملك جاره، فطولب بهدمه، فباع داره؛ صح، وهل يسقط الضمان عنه بالسقوط بعد ذلك على رواية التضمين أم لا؟

قال القاضي: يسقط؛ لأن الوقوع في غير ملكه.

وقال ابن عقيل: إن قصد ببيعه الفرار من المطالبة بهدمه؛ لم يسقط الضمان لانعقاد سببه في ملكه، كما لو باع سهماً بعد خروجه من كبد القوس؛ فإن عليه ضمان ما يتلفه. قال: وكذا لو باع فخاً أو شبكة منصوبتين، فوقع فيهما صيد في الحرم أو مملوك للغير؛ لم يسقط عنه ضمانه.

والظاهر أن القاضي لا يخالف في هذه الصور؛ فإنه قال فيما إذا أخرج جناحاً أو ميزاباً إلى الطريق، ثم باع ملكه بعد المطالبة بإزالته، ثم سقط؛ فعليه الضمان؛ لأن خروجه إلى غير ملكه حصل بفعله، بخلاف ميل الحائط؛ فإنه لا فعل له فيه، وإنما يلزمه إزالته على وجه ممكن، ولا يمكنه نقضه بعد زوال ملكه عنه[1].

ومنها: لو اشترى عبداً بشرط العتق، ثم باعه بهذا الشرط؛ فهل يصح أم لا؟

على وجهين حكاهما الأزجي في «نهايته»[2]، وصحح عدم الصحة؛ لأنه يتسلسل، ولأن تعلق حق العتق الواجب عليه يمنع الصحة كما لو نذر عتق عبد؛ فإنه لا يصح بيعه، وعندي أن هذا الخلاف مترتب على أن الحق هل هو لله ويجبر عليه إن أباه، أو للبائع؟ فعلى الأول هو كالمنذور عتقه، وعلى الثاني يسقط الفسخ لزوال الملك، وللبائع الرجوع بالأرش، فإن هذا الشرط ينقص به الثمن عادة، ويحتمل أن يثبت له الفسخ لسبق حقه.

ومنها: لو باع العبد الجاني لزمه افتداؤه، فإن كان معسراً؛ فسخ البيع تقديماً لحق المجني عليه لسبقه.

---

(١) **ابن عثيمين**: (إذا كان العيب ظاهر وغشه فعليه الضمان لأنه يشبه الغاصب وكل إنسان يخرج الشيء عن ملكه على وجه محرم فعليه الضمان فهذا الرجل الذي لم يخبر المشتري بالعيب الذي فيه فإنه يضمن لأن الواجب عليه أن يخبره وإذا أخبره خرج عن ملكه) ا.هـ

(٢) ويسمى «نهاية المطلب في علم المذهب» ليحيى بن يحيى الأزجي (ت بعد سنة ٦٠٠هـ) وهو من الكتب الحنبلية التي سلكت مسالك المؤلفات الشافعية.

وقد نقده ابن رجب في «ذيل طبقات الحنابلة» (٢/ ١٢٠).

ومنها: لو باع الوارث التركة مع استغراقها الدين ملتزماً لضمانه، ثم عجز عن وفائه؛ فإنه يفسخ البيع.

ومنها: لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب، ثم أعسر؛ فهل يفسخ في قدر الزكاة أم لا؟

فيه وجهان مرتبان على أن الزكاة هل كانت متعلقة بعين المال أو بذمة ربه؟ فإن قيل بعين المال؛ فسخ البيع لاستيفائها منه، وإلا؛ فلا[1].

---

(١) **ابن عثيمين**: (أقرب الأقوال أن الزكاة تجب في عين المال، ولكن لها تعلق بالذمة) ا.هـ

القاعدة الخامسة والعشرون

من ثبت له ملك عين ببينة أو إقرار؛ فهل يتبعها ما يتصل بها، أو يتولد منها أم لا؟

في المسألة خلاف، ولها صور:

منها: أن من ثبت له ملك أمة في يد غيره ومعها ولدها؛ فهل يتبعها في الملك إذا ادعاه؟ على وجهين:

أحدهما: لا، وهو الذي ذكره القاضي؛ لأنه لا يتبعها في بيع ولا غيره، ويجوز أن تكون ولدته قبل ملكه لها.

والثاني: وإليه ميل ابن عقيل: أنه يتبعها؛ لأنه من أجزائها، وقد ثبت سبق اليد الحكمية لليد المشاهدة؛ فتكون مرجحة عليها.

ويشبه هذه المسألة ما إذا ادعى أمة في يد غيره أنها أم ولده، وأن ولدها منه حر، وأقام بذلك شاهداً أو حلف معه أو رجلاً وامرأتين؛ ثبت ملكه عليها، وثبت استيلادها بإقراره.

وفي الولد روايتان حكاهما أبو الخطاب:

إحداهما: يثبت نسبه وحريته لكونه من نمائها؛ فيتبعها، ويكون ثبوت ذلك بالإقرار لا بالبينة.

والثانية: لا يثبت النسب ولا الحرية؛ لأنهما لا يثبتان بهذه الشهادة.

وفيه وجه يثبت النسب دون الحرية، وتبقى صحة الولد على ملك من كانت بيده بناء على صحة استلحاق نسب العبد؛ كما جزم به صاحب «التلخيص».

ومنها: لو ثبت له ملك أرض في يد غيره ببينة أو إقرار، وفيها شجر قائم؛ فهل يتبعها أم لا؟

يحتمل أن يخرج على وجهين بناء على أن الشجرة هل يتبع في البيع أم لا؟ وأفتى الشيخ تقي الدين[1] رحمه الله تعالى: أن ما كان متصلاً بالأرض من الشجر؛ فيد أهل الأرض ثابتة عليه ما لم تأت حجة ترفع موجب اليد، مثل أن يكون الغارس قد عرف أنه غرسه بماله، وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل في الرهن فيما إذا اختلف المتراهنان في رهنية الشجر في الأرض

(١) «القواعد النورانية» (١٢٤).

المرهونة: أن القول قول المالك؛ لأن الاختلاف هنا في عقد واليد لا تدل عليه، بخلاف ما لو كان الاختلاف في ملك.

وصرح صاحب «التلخيص» بأن ما في دار الإنسان يكون في يده؛ ولو كان منفصلاً منقولاً، ويحتمل تخريج ذلك على الروايتين في ملك المباحات الحاصلة في أرضه بمجرد حصولها في الأرض؛ نظراً إلى أن الأرض هل هي كاليد أم لا؟ فإن قامت البينة أن هذه الشجرة له وعليها ثمر؛ فقال ابن عقيل: يحكم له به، حتى لو كان الثمر في يد رجل وثبت سبق ملك الشجرة لغيره؛ حكم له بالثمرة؛ لثبوت سبق ملكه على أخذ غيره للثمر، ويتخرج فيه وجه آخر؛ كالولد، وبه جزم ابن عقيل في كتاب «القضاء»[1].

ومنها: لو ثبت أن هذا العبد ملك له وهو في يد غيره، وعلى العبد ثياب فادعاها من العبد في يده؛ فقال صاحب «الكافي»[2] و«الترغيب»: هي له؛ لأن يده عليها، وهي منفصلة عن العبد.

ويحتمل وجهين آخرين:

أحدهما: أن ما يتبع العبد من الثياب في البيع يتبعه ها هنا، وما لا؛ فلا[3].

---

(١) **ابن عثيمين:** (هذا الفرع الصافي فيه ما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية: «إذا حكم لإنسان بأرض، فإن ما كان متصلاً بها يدخل معها؛ وإن كان فيه احتمال أن يكون الذي هي في يده قد وضع هذا الشجر أو وضع هذا البناء؛ لأن الأصل أن الشجر تابع للأرض، وأن البناء تابع للأرض، فإذا حكم لشخص بأن هذه الأرض له، وهي بيد إنسان آخر وفيها شجر، فادعى الذي هي عنده أن الشجر له؛ فيكون الشجر لصاحب الأرض حتى يقيم من هي في يده بينة بأنه هو الذي أوجده فيها، فإن قلت: الأصل عدم وجود هذا الشيء؛ فيترجح أن الذي هي في يده قد وضعه، سواء كان غرساً أو بناء؛ قلنا: هذا صحيح، أي إن الأصل عدم وجود هذا البناء، أو عدم وجود هذا الشجر، لكن عندنا ظاهر أقوى من هذا الأصل، وهو أن ما كان متصلاً بالأرض فهو تبع لها، هذا هو الصحيح في هذا المسألة، على أنه إذا ثبت لشخص ملك أرض وفيها غراس أو بناء؛ فإن الغراس والبناء يتبعه، أما ما كان منفصلاً عنها؛ كالأحجار والدواليب وما أشبه ذلك؛ فإنه يكون لمن هي في يده إلا أن يُقر بأن ذلك لصاحب الأرض؛ فعلى إقراره أما إذا تبين أن عمر هذه الشجرة سنتين والأرض بيد الذي بيده الأرض أربع سنوات مثلاً فهنا الظاهر أنها من غرس يده فهي له»، أما الثياب فذكر المؤلف لها ثلاثة أقوال: القول الأول لمن العبد في يده والثاني أن الثياب التي تتبع في البيع تتبع العبد وأما المال فلا، وقد ذكر في البيع أن ثياب الجمال للبايع والعادة للمشتري والقول الثالث أن يفرق وينظر إلى الزمن إذا كان هذا العبد بيد هذا الإنسان منذ زمن طويل يمكن أن تبلى ثياب مالكه الأول وتكون الثياب للأخير) ا.هـ

(٢) «الكافي» لابن قدامة المقدسي.

(٣) **ابن عثيمين:** (وعلى هذا؛ فثياب الجمال للبائع، وثياب العادة للمشترى) ا.هـ

والثاني: إن تطاولت مدة هذه اليد، بحيث تبلى فيها ثياب العبد عادة؛ فالقول قول من هي في يده، وإلا؛ فلا إلحاقاً لها بالعيب المتنازع في حدوثه عند البائع أو المشتري إذا لم يحتمل الحال إلا قول أحدهما وحده.

ومنها: لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء من الدار المستأجرة، فذكر الأصحاب أن ما يتبع في البيع؛ فهو للمؤجر، وما لا يتبع إن كانت جرت به العادة في المنازل؛ ففيه خلاف، والمنصوص أنه للمؤجر أيضاً، وكذلك الوجهان لو تنازع المؤجر والمستأجر في كنز مدفون في الأرض، وهل الحكم مختص بحالة بقاء يد المستأجر أم لا؟

صرح في «التلخيص» في مسألة الكنز بأن الخلاف في صورة بقاء الإجارة وانقضائها، ويشهد له مسألة المال المدفون إذا ادعاه من كانت الأرض له، ووصفه أنه يقبل منه، وكذلك حكم اختلاف الزوجين في متاع البيت جار مع بقاء الزوجية وزوالها في أحد الطريقتين للأصحاب[1].

ومنها: لو أقر له بمظروف في ظرف؛ كتمر في جراب، أو سيف في قراب، أو فص في خاتم، أو رأس وأكارع في شاة، أو نوى في تمر ففيه وجهان:

أشهرهما: يكون مقرّاً بالمظروف دون ظرفه، وهو قول ابن حامد والقاضي وأصحابه؛ لأن الظرف غير مقر به، وإنما هو موصوف به، فهو كقوله جادة في اصطبل.

والوجه الثاني: هو مقر بهما، وإلا؛ لم يكن ثَمَّ فائدة لذلك الظرف.

---

(١) **ابن عثيمين**: (انتهت مدة المستأجر في بيت، وتنازع مع مالكه على دولاب مثلاً؛ فأقرب الأقوال أن نقول: ما يتبع في البيع؛ فهو له، أي: المؤجر، وما لا؛ فلا، فعلى هذا: المتصل يكون للمؤجر، والمنفصل يكون للمستأجر، ويمكن أن تنظر إلى المدة، مثلاً: هذه مروحة سقفية، والإجارة لها عشر سنوات، وإذا نظرنا إلى المروحة وجدنا أنها جديدة؛ فهنا يترجح قول المستأجر وإن كانت ثابتة، والمنفصل أيضا ربما تكون قرينة ظاهرة على أنه للمستأجر كما لو كان من الأشياء التي جرت العادة بأن تكون في البيت؛ كمسألة الستائر، فإذا لم يكن هناك قرينة ظاهرة، فإننا نرجع إلى ما يتبع في البيع، فما كان يتبع في البيت؛ فهو للمؤجر، وما لا يتبع؛ فهو للمستأجر، فإن قامت قرينة ظاهرة على ترجيح قول المؤجر أو المستأجر؛ عمل بهذه القرينة.

أما مسألة الكنز إذا تنازع فيه المؤجر والمستأجر؛ فإنه يكون حسب ما ذكره المؤلف، ولكن هذا إذا كان حفره وأخذه، أما إذا لم يحفر ولم يأخذ؛ فهو لمن وجده، حتى لو أن أحداً استأجر عمالاً لحفر بيارة، وعثر العمال على هذا الكنز؛ فالكنز يكون للعمال، إلا إذا كانوا مستأجرين على أن يحفروا له عن الكنز؛ فيكون لصاحب البيت) ا.هـ

وفرق بعض المتأخرين بين ما يتصل بظرفه عادة أو خلقة، فيكون إقراراً به دون ما هو منفصل عنه عادة، ويحتمل التفريق بين أن يكون الثاني تابعاً للأول. فيكون إقراراً به؛ كتمر في جراب أو سيف في قراب، وبين أن يكون مبدعاً، فلا يكون إقراراً به؛ كنوى في تمر ورأس في شاة.

وأما إن قال: خاتم فيه فص، وجراب فيه تمر، وقراب فيه سيف؛ فقيل هو على الوجهين مطلقاً.

وقيل في قوله: خاتم في فص: أنه إقرار بهما جميعاً بغير خلاف؛ لأن إطلاق الخاتم فيه الفص، فإذا وصفه بالفص؛ تيقن دخوله فيه، ولم يجب إخراجه منه؛ كقوله: نعل لها شراك، أو شاة عليها صوف أو في ضرعها لبن ونحو ذلك.

وفي «التلخيص»: لو أقر بخاتم ثم جاء بخاتم فيه فص، وقال: ما أردت الفص، احتمل وجهين، أظهرهما دخوله لشمول الاسم. قال: ولو قال عندي جارية؛ فهل يدخل الجنين في الإقرار إذا كانت حاملاً؟ يحتمل وجهين[1].

---

(١) **ابن عثيمين**: (لو أقر بمظروف في ظرف؛ فالأصل أن المظروف والظرف ثابت، مثل: يقال: عندي حبر في دواة: الحبر مظروف الدواة ظرف، يقول: تمر في جراب (الجراب وعاء من جلد يوضع فيه التمر)، سيف في قراب (القراب الذي يدخل فيه السيف)، فص في خاتم: الظرف الخاتم والفص مظروف، رأس وأكارع في شاة، كان المتبادر أن يقول: أكارع من شاة، لكن قال: أكارع في شاة؛ فجعل الشاة ظرفاً للأكارع، ومثله أيضاً نوى في تمر؛ هل يكون مقرا بالتمر أم لا؟

فيه وجهان أشهرهما يكون مقرا بالمظروف دون ظرفه، وعلى هذا؛ فيلزمه التمر دون الجراب: الجراب يكون للمقر والتمر للمقر له، سيف في قراب: يكون القراب للمقر والسيف للمقر له..الخ.

وكل هذا ممكن، يعني ممكن أن يسرق الإنسان تمراً ويضعه في جراب عنده ويقول: له عندي تمر في جراب، أو أن يغصب سيفا ثم يضعه في قراب عنده ثم يقول: له عندي سيف في قراب، وممكن أن يغصب فصاً ويصنع له خاتماً ويضع الفص في هذا الخاتم ويقول: له عندي فص في خاتم، كل هذا واضح، لكن يقول: له عندي رأس في شاة؟! هذا لا يكون إلا إذا صح القول ببيع رأس الشاة دون الشاة، وقد مر علينا أن في المسألة خلافاً، فإذا قلنا بالجواز؛ فممكن، وإلا؛ فيمكن بالهبة، لكن هذا أبعد من السيف في القراب والتمر في الجراب والفص في الخاتم، وإجراء الخلاف في هذا فيه نظر، ولهذا قال المؤلف رحمه الله: «أشهرها يكون» إلى قوله: «دابة في إصطبل»؛ فواضح أن الإصطبل لا يتبع الدابة، كما لو قال: له عندي دابة في بيتي، أو قال: له عندي سيارة في الكراج؛ فالقياس بين هذا وذاك بعيد.

قال المصنف: «والوجه الثاني: هو مقر بهما جميعاً»، فإذا قال: عندي سيف في قراب؛ فالقراب يتبع، وكذلك تمر في جراب، وأكارع في شاة، ونوى في تمر، ووجه ذلك قال: «وإلا؛ لم يكن ثمة فائدة لذلك الظرف»، يعني: لو لم نقل بأن الظرف يتبع المظروف؛ لم يكن هناك فائدة لذكره؛ فكان ينبغي أن يقال: له عندي سيف، له عندي تمر، وهكذا، فلولا أنه يريد الإقرار وأنه جمع بينها، ما كان لذكر الظرف فائدة) ا.هـ

القاعدة السادسة والعشرون

من أتلف شيئاً لدفع أذاه له؛ لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به؛ ضمنه.

ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: لو صال عليه حيوان آدمي أو بهيم، فدفعه عن نفسه بالقتل؛ لم يضمنه، ولو قتل حيواناً لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه؛ ضمنه[١].

ومنها: لو صال عليه صيد في إحرامه فقتله دفعاً عن نفسه؛ لم يضمنه على أصح الوجهين، وإن اضطر فقتله في المخمصة ليحيي به نفسه؛ ضمنه.

ومنها: لو حلق المحرم رأسه لتأذيه بالقمل والوسخ؛ فداه لأن الأذى من غير الشعر، ولو خرجت في عينه شعرة فقلعها أو نزل الشعر على عينيه فأزاله؛ لم يفده[٢].

---

(١) **ابن عثيمين:** (هذه القاعدة مهمة، وهي: «من أتلف شيئاً لدفع أذاه له؛ لم يضمنه، ومن أتلفه لدفع أذاه به؛ ضمنه».
يعني: إذا أتلفت شيئاً لدفع أذيته عنك؛ فإنك لا تضمنه لأنه صائل، والصائل يدفع بالتي هي أحسن، ولهذا أمر النبي عليه الصلاة والسلام في الذي صال عليك لأخذ مالك أن تقاتله، وإنك إن قتلته؛ فلا ضمان عليك، وهو في النار، فإذا أتلفت الشيء لدفع إذاه؛ فلا ضمان عليك، مثاله: بعير فلان صال عليك، فوافقته قدر الإمكان، فلم يمكن دفعه، فقتلته؛ فلا تضمنه لأنك دفعت أذيته عنك، وهو في هذه الحال ليس له حرمة؛ فلا تضمن، ولكنك لو جعت فوجدت شاة في البر، فذبحتها وأكلتها، وأنت في مخمصة ومضطر إليها؛ فأنت ضامن، فإنك دفعت أذيتك بها (أي: بسببها)، ولو صال عليك آدمي، فدفعته فلم يندفع، فقتلته؛ فلا قصاص عليك لأنه صائل، فأنت دفعت أذيته، ولو جعت ومعك صبي، فذكيته وأكلته؛ فأنت ضامن، والضمان هنا أنك تقتل به، ويضاف إليه عذاب الله، ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ۝﴾ [النساء:٩٣]، فإن قلت: إن لم آكله متنا جميعاً، وإن أكلته بقيت أنا؛ فماذا نقول: موتوا جميعاً وهذا من الله، ولكن لا تمت غيرك لإحياء نفسك؟
ومن هذا الباب لو أن امرأة فيها حمل حي نفخت فيه الروح، وقال الأطباء لها: إن أسقط الولد في بطنك عشتِ ومات الولد وإن بقي الولد في بطنك مِت أنت وإياه؛ فلا نسقطه لأننا إذا أسقطناه فقد تعمدنا قتل نفس مؤمنة، وإذا تركناه وماتت أمه به، فالذي أماته الله عز وجل، ثانياً: لو أننا أسقطناه وقتلناه؛ فهل نضمن أن الأم تسلم؟ لا نضمن، قد تعطب حتى في نفاسها) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (هذا رجل في رأسه قمل أو جروح، فإذا أزال الشعر لدفع الأذية؛ فعليه الفدية لقوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فأما إن تسلط الشعر على جرح أو على عينه فأزال الشعر؛ فلا حرج عليه، مثل أن يكون في جبهته جرح وشعره ينزل؛ فله أن يقص ما كان على الجرح، ولا شيء عليه؛ لأن ذلك لدفع أذاه، ومثله لو نزل بعينه شعر -نسأل الله العافية-، بعض الناس يخرج الشعر في جفنه من الداخل، ويؤذي عينه، فإذا نقشه بالمنقاش وهو محرم؛ فلا شيء عليه لأن هذا لدفع أذاه، على أنه سبق لنا أن في شعر غير الرأس خلاف بين أهل العلم، هل يحرم على المحرم أم لا؟) ا.هـ

ومنها: لو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها؛ ضمنه، ولو سقط عليه متاع غيره فخشي أن يهلكه، فدفعه فوقع في الماء؛ لم يضمنه.

ومنها: لو وقعت بيضة نعامة من شجرة في الحرم على عين إنسان، فدفعها فانكسرت؛ فلا ضمان عليه، بخلاف ما لو احتاج إلى أكلها لمخمصة[1].

ومنها: لو قلع شوك الحرم لأذاه؛ لم يضمنه، ولو احتاج إلى إيقاد غصن شجرة؛ ضمنه، ذكره أبو الخطاب[2] وغيره، وخالف صاحب «المغني»[3] في جواز قطع الشوك؛ للنص الوارد فيه[4].

---

(١) ابن عثيمين: (لو نام رجل تحت شجرة فيها عش طائر نعام أو غيره، فسقطت بيضة على عينه، فأبعدها بيده، فانكسرت؛ فإنه لا يضمنها لأنه دفعها لأذاه، ومثله: لو جاء رجل وربض عليه وألقاه فانكسرت يده؛ فهذا لا شيء عليه لأنه دفع أذاه.

وفي العمليات الجراحية أحياناً يزيلون شعر اللحية أو شعر البطن أو شعر الصدر لعملية جراحية؛ فهذا لا بأس فيه؛ فقد أزال الرسول ﷺ شعر الرأس للحجامة وهو محرم، مع أن شعر الرأس ما يجوز إزالته للمحرم؛ فالشعر المحترم الذي لا يجوز حلقه، إذا دعت الحاجة إلى حلقه لجراحة أو غيرها؛ فلا بأس بإزالته) ا.هـ

(٢) «الهداية» (١/ ٩٦).

(٣) «المغني» (٣/ ١٦٩).

(٤) ابن عثيمين: (الصواب مع صاحب «المغني» في هذه المسألة؛ لأن الرسول ﷺ قال: «لا يعضد شوكه»؛ فنص على الشوك، فالشجر ذو الشوك في الحرم لا يجوز قطعه ولو كان لدفع أذاه؛ لأن الشجر لم يأتي إليك، أنت الذي جئت إليه وقلعته لأجل أن تسلم من أذيته، بخلاف الطير مثل ذلك لو أن إنسان عض يدك فأخرجت يدك من فمه بقوة فخلعت ثناياه ورباعيته العليا والسفلى، وبقي فمه أجوف؛ فلا تضمنه.

والمهم من هذه القاعدة وهي مهمة ومفيدة لطالب العلم: إذا أتلف الإنسان الشيء لدفع أذيته؛ فهو غير ضامن؛ لأنه هو الذي أهدر حرمة نفسه، وإن أتلفه لدفع أذىً في المتلف، فإنه يضمنه؛ مثل لو أنَّ أحداً تطلّع إليك في بيتك، فإنه لا يحتاج أن تقول له اتق الله ولا تتطلع إلى بيتي، لك أن تذهب إلى حربة أو رمح وتختبئ وتفقع عينه بدون إنذار، لأنَّ الرسول أخبر بأن هذا جائز وأنه لا جناح عليك، وليس هذا من باب دفع الصائل لكن هذا من باب عقوبة المعتدي) ا.هـ

القاعدة السابعة والعشرون

من أتلف نفسا أو أفسد عبادة لنفع يعود إلى نفسه؛ فلا ضمان عليه، وإن كان النفع يعود إلى غيره؛ فعليه الضمان[١].

فمن ذلك: الحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفاً على أنفسهما؛ فلا فدية عليهما، وإن أفطرتا

---

(١) عبّر العلاّمة السعدي عن هذه القاعدة: (التلفُ في يد الأمين غيرُ مضمون إذا لم يتعدَّ أو يُفرِّط. وفي يد الظالم مضمونٌ مطلقاً. أو يقال: ما ترتبَ على المأذون فيه فهو غير مضمون، والعكسُ بالعكس).

قال ابن عثيمين: (القاعدة الثانية أعم، ما ترتب على المأذون فليس بمضمون وما ترتب على غير المأذون فهو مضمون) ا.هـ

وقال السعدي: الأمينُ مَنْ كان المال بيده برضى ربه، أو ولايته عليه. فيدخل فيه الوديعُ، والوكيلُ، والأجير، والمرتهن، والشَّريكُ، والمضارِبُ، والوصي، والولي، وناظر الوقف ونحوُهم) ا.هـ

وقال ابن عثيمين: (هؤلاء معرفون عندكم، الوديع: هو الذي جعلت عنده المال وديعة ويسميه الناس: «أمانة»، الوكيل: هو الذي أُمر بالتصرف في المال في حال الحياة، الأجير: الذي استلم العين المؤجَّرة، المرتهن: الذي بيده الرَّهْن، والشريك واضح، المضارِب: هو الذي أخذ المال من صاحبه يتّجر به وله جزء مشارط من ربحه، الوصيّ: هو المأمور بالتصرف بعد الموت، الولي: هو الذي نصبه الشارع ولياً على مال اليتيم، ناظر الوقف: هو الوكيل على الوقف) ا.هـ

وقال السعدي: (فكل هؤلاء إذا تَلِفَ المال بأيديهم بغير تفريط، ولا تَعَدٍّ لا يضمنون؛ لأن هذا هو معنى الائتمان. فالتلفُ في أيديهم كالتلف في يد المالك. فإن تَعَدَّوا أو فرطوا ضمنوا. فالتفريط ترك ما يجب من الحفظ، والتعدي فعل ما لا يجوز من التصرفات أو الاستعمالات؛ لأنهم في هذه الحال يُشْبِهون الغاصب. ويُستثنى من الأمناء المستعيرُ فإنه ضامنٌ في قولِ كثير من أهل العلم إذا تلفت العين المستعارة بيده في غير ما استعيرت له، ولو لم يفرِّط، أو يتعدَّ. كما هو المشهور من مذهب الإمام أحمد. والقولُ الثاني أصح، وهو أن العَارِيَّةَ تجري مجرى بقية الأمانات) ا.هـ

وقال ابن عثيمين: (العارية أن تعطي شيئاً لشخص ينتفع بها ويرده، إذا تلف هذا الشيء فالمشهور من المذهب أن المستعير ضامن سواء تلف بتعدٍّ أو تفريط أو بغير تعد ولا تفريط. والصحيح الذي اختاره شيخُنا وغيره من المُحْدَثين أنه لا ضمان على المستعير إلا إذا تعدى أو فرط) ا.هـ

وقال السعدي: (وأما من كان المال بيده بغير حق فإنه ضامن لما في يده، سواء تلف بتعدٍّ أو تفريط، أو لا؛ لأن يد الظالم يدٌ متعدية يضمن العَينَ ومنافعَها. فيدخلُ في هذا الغاصبُ والخائنُ في أمانته، ومَنْ عنده عينٌ لغيره فَطُلِبَ منه الرد لمالكها، أو لوكيله، فامتنعَ لغير عذر. فإنه داره أو يدِه مالُ غيرِه إذنه فلم يردَّه ولم يُخبِر به صاحبَه لغير عُذر، وما أشبه هؤلاءِ فكلهم ضامنون) ا.هـ

وقال ابن عثيمين: (قوله: (فلم يرده ولم يخبر به) يعني الواجب إجبار أحدٍ غيره. مثال ذلك: رجل سقط على بيته ثوب جاره أطارته الريح وأدخلته في البيت. الواجب إما رده وإما إخباره. أما أن يقول: لا، أبقيه إن جاء وإلا أبقيته، فهذا حرام عليه، هذا تَعدٍّ، يجب عليه فوراً أن يرده إلى صاحبه أو يخبره به. إذا كان شيئاً خفيفاً فليذهب به إليه، ويؤجر على مشيه إليه، وإن كان شيئاً ثقيلاً فليخبره، أما أن يسكت ويقول: الحاجة له متى شاء جاء، فهذا غلط) ا.هـ

وقال السعدي: (ولهذا كان أسبابُ الضمان ثلاثة: اليدُ المتعدية كهذه اليد، ومباشِرةُ الإتلافِ بغير حق، أو فعلُ سببٍ يحصلُ به التلف -كما تقدم في الأصل السابق) ا.هـ

خوفا على ولديهما؛ فعليهما الفدية في المشهور عند الأصحاب[1].

ومنه: لو نجى غريقاً في رمضان، فدخل الماء في حلقه، وقلنا: يفطر به؛ فعليه الفدية، وإن حصل له بسبب إنقاذه ضعف في نفسه فأفطر؛ فلا فدية عليه؛ كالمريض في قياس المسألة التي قبلها، أفتى بذلك ابن الزاغوني، وفي «التلخيص» بعد أن ذكر الفدية على الحامل المرضع للخوف على جنينهما، وهل يلحق بذلك من افتقر إلى الإفطار لإنقاذ غريق؛ يحتمل وجهين[2].

ومنها: لو دفع صائلاً عليه بالقتل لم يضمنه، ولو دفعه عن غيره بالقتل؛ ضمنه، ذكره القاضي، وفي «الفتاوى الرحبيات» عن ابن عقيل وابن الزاغوني[3]: لا ضمان عليه أيضاً.

ومنه: لو أكره على الحلف بيمين لحق نفسه، فحلف دفعاً للظلم عنه؛ لم تنعقد يمينه، ولو أكره على الحلف لدفع الظلم عن غيره فحلف؛ انعقدت يمينه، ذكره القاضي في «شرح المذهب»، وفي «الفتاوى الرحبيات» عن أبي الخطاب[4] أيضاً: لا تنعقد. وهو الأظهر[5].

---

(١) **ابن عثيمين**: (هذه المسألة فيها خلاف؛ فإن الحامل والمرضع إذا أفطرتا في رمضان؛ فمن العلماء من يقول: عليهما الفدية فقط ولا صيام؛ كالشيخ الكبير، ومنهم من يقول: عليهما الصيام فقط دون الفدية؛ كالمريض، ومنهم من يقول بالتفصيل: إن أفطرتا خوفاً على أنفسهما؛ فعليهما الصيام دون الإطعام، وإن أفطرتا خوفاً على الولد؛ فعليهما الصيام، وأقرب الأقوال أن عليهما القضاء فقط؛ لأنهما أفطرتا لعذر، سواء كان يعود إليهما أو إلى غيرهما، كما لو أفطر الإنسان لإنقاذ غريق؛ فعليه القضاء فقط دون الإطعام، فهكذا المرأة الحامل أو المرضع إذا أفطرتا خوفاً على الولد؛ فعليهما القضاء فقط، ثم يليها القول بأن عليهما الإطعام فقط دون الصيام، والجمع بينهما محل نظر) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (المذهب أنه لا فدية، إذا أفطر لإنقاذ الغريق؛ فعليه القضاء فقط) ا.هـ

(٣) «الفتاوى الرحبية» هذا اسم لكتاب لابن عقيل وآخر للزاغوني وكلاهما مفقود.

(٤) «الفتاوى الرحبية» لابن الخطاب مفقود.

(٥) **ابن عثيمين**: (الصحيح أنها لا تنعقد مع الإكراه، وهذه القاعدة في معظم فروعها فيها خلاف، وهي مع هذا فيها نظر؛ لأن قوله: «من أتلف نفساً لنفع يعود إلى نفسه؛ فلا ضمان عليه غير صحيح لو أخذناه بظاهره، وقد مضى في القاعدة السابقة أنه جاع فأتلف نفساً؛ ضمنها، وهذا يتنافى مع إطلاقها، فلو قيدت «من أتلف نفساً يجوز إتلافها»؛ صار قوله «النفع يعود إلى نفسه أو إلى غيره» لا محل له، فهذه القاعدة بنظري لا تصلح لكن المؤلف رحمه الله تصور حين كتابتها وظن أنها مضطردة أن تكون قاعدة ومثاله في الصائل إذا صال على نفسه؛ فإنه لا يضمنه، فإن صال على غيره؛ ضمنه على ما في كلام المؤلف، والقول بضمانه فيه نظر؛ لقول الرسول ﷺ: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً. قالوا يا رسول الله! هذا ننصره مظلوماً؛ فكيف ننصره ظالما؟ قال: تأخذ فوق يده») ا.هـ

القاعدة الثامنة والعشرون

إذا حصل التلف من فعلين، أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه؛ وجب الضمان كاملا على الصحيح، وإن كان من فعلين غير مأذون فيهما؛ فالضمان بينهما نصفين حتى لو كان أحدهما من فعل من لا يجب الضمان عليه؛ لم يجب على الآخر أكثر من النصف.

ويتفرع على ذلك مسائل:

منها: إذا زاد الإمام سوطاً في الحد، فمات المحدود؛ فحكى أبو بكر في المسألة قولين:

أحدهما: يجب كمال الدية.

والثاني: يجب نصفها.

والأول هو المشهور، وعليه القاضي وأصحابه؛ لأن المأذون فيه لا أثر له في الضمان، وإنما الجناية ما زاد عليه فأسند الضمان إليها[1].

منها: لو اقتص من الجاني ثم جرحه هو أو غيره عدواناً، فمات؛ وجب كمال الدية. وفيه وجه آخر: أنه يجب نصفها[2].

ومنها: لو رمى صيداً فأثبته ولم يوحه، ثم رماه آخر رمية غير موحية ومات من الجرحين؛

---

(١) **ابن عثيمين**: (حصل التلف من فعلين:
أحدهما: مأذون فيه، وهو الحد، مثلاً: الزاني يجلد مئة جلدة؛ فهذا الإمام جلده مئة جلدة وجلدة، المئة مأذون فيها، والزائدة غير مأذون فيها، فمات المحدود من الجميع؛ لأن الواحدة لو انفردت ما أماتته.
يقول المؤلف: في المسألة قولين:
أحدهما: يجب كمال الدية؛ لأن القتل حصل من فعلين، أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه؛ فغلب جانب الحظر الذي هو المنهي، فجعل الحكم له.
والثاني: يجب نصفها بناء على التقسيم ما دام التلف حصل من فعلين: أحدهما مأذون فيه، والثاني غير مأذون؛ فيسقط للمأذون فيه النصف، وظاهر كلام المؤلف وإن كانت الأسواط واحداً في الشدة.
ولو قال قائل: إنه يلزمه بقسطه -فإذا كان مثلاً ثمانين، وزاد ثمان جلدات، ومات؛ يجب عليه واحد من إحدى عشر؛لأنه مات من ثمان وثمانين، وثمان من ثمان وثمانين نسبتها واحدة من إحدى عشر-؛ لكان له وجه، ولعله أجود الأقوال الثلاثة، أجود من القول بأنه يضمن الجميع، وأجود من القول بأنه يضمن النصف) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (لأن التلف حصل من فعلين أحدهما مأذون فيه وهو القصاص والثاني غير مأذون فيه) ا.هـ

وجب ضمان الصيد كله مجروحاً بالجرح الأول على الثاني على المشهور من المذهب، لكن من الأصحاب من يعلله بأن رمي الثاني انفرد بالعدوان؛ فاستقل بالضمان، ومنهم من يعلله بأن رميه كان سبباً للتحريم؛ فلذلك وجب عليه كمال الضمان.

ويتخرج على التعليل الأول وجه آخر: بأنه يضمنه بنصف القيمة مما قبلها[1].

ومنها: لو استأجر دابة لمسافة معلومة فزاد عليها، أو لحمل مقدار معلوم فزاد عليه فتلفت الدابة؛ فإنه يضمنها بكمال القيمة، نص عليه في الصورة الأولى.

وخرج الأصحاب وجهاً آخر بضمان النصف من مسألة الحد، وكذلك حكم ما إذا ركب الدابة مع المستأجر غيره فتلفت تحتهما[2].

ومنها: إذا اشترك مُحل ومحرم في جرح صيد ومات من الجرحين؛ فإنه يلزم المحرم ضمانه كاملاً. هذا ظاهر كلام أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور ومهنا، وقال القاضي في «المجرد»: مقتضى الفقه عندي أنه يلزمه نصف الجزاء. وقاسه على مشاركة من لا ضمان عليه في إتلاف

---

(١) **ابن عثيمين:** (هذا رجل رمى صيداً في الحرم، فأثبته -يعني: حبسه فصار لا يقدر أن يطير-، وجاء إنسان آخر فرماه ومات؛ مات من الجرحين، قال المؤلف: «وجب ضمان الصيد كله»،هل المراد هنا الصيد الذي يحرم صيده بالحرم؟ أو صيد لإنسان يملكه؟ الظاهر الأول لأن الصيد في الغالب لا يملك يقول: وجب ضمان الصيد كله مجروحاً بالجرح الأول على الثاني؛ فيكون الضمان على الثاني على المشهور من المذهب، والأول ليس عليه ضمان، ولكن عليه أرش الجرح فقط؛ لأن الأول جرحه ليس بموح -أي: ليس بقاتل-، وإنما أثبته إثباتاً، والذي جرحه وأماته هو الثاني.

ومن الأصحاب من يعلله بأن رمي الثاني انفرد بالعدوان؛ فاستقل بالضمان، ومنهم من يعلله بأن رميه كان سبباً للتحريم، فلذلك وجب عليه كمال الضمان؛ فالضمان على الثاني دون الأول على اختلاف التعليلين، وقول المصنف: «ويتخرج على التعليل » بأنه يضمنه بنصف القيمة: «مما قبلها» معناه: إذا كان هناك سبب مباح وسبب محرم؛ فإن الضمان بينهما نصفين، والظاهر في هذه المسألة أن يقال: إن الضمان على القاتل، وعلى من جرحه غير قاتل عليه ضمان إرشه فقط؛ فيجازى كل بحسب عدوانه) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (استأجر دابة لمسافة معلومة، فزاد عليها، فتلفت؛ فيكون الضمان بكمال القيمة، وقيل: يلزمه النصف؛ لأن تلفها كان من التعب الأول والثاني، ولكن الظاهر أنه يضمنها بكمال القيمة، لأن التعب الأول ليس سبباً لهلاكها، لكن الذي أهلكها هو التعب الثاني، وكذلك لو استأجرها لحمل مئة رطل، فحمل عليها مئة وخمسين، فهلكت؛ فإنه يضمنها بكمال القيمة) ا.هـ

النفوس والأموال، والفرق واضح؛ إذ الإذن هناك منتف، وها هنا موجود.

نعم، إن قصد المحل إعانة المحرم ومساعدته على قتل الصيد توجه ما ذكره القاضي؛ فإنه يكره له ذلك أو يحرم عليه، كما إذا باع من لا جمعة عليه لمن عليه الجمعة بعد النداء[1].

ومنها: لو اشترك في جرح آدمي مقتص وغيره؛ فهل يجب على شريك المقتص كمال الدية أو نصفها؟

على وجهين.

ومنها: لو تزوج امرأة ثم دفعها هو وأجنبي فأذهب عذرتها، ثم طلقها قبل الدخول؛ فنص أحمد في رواية مهنا على أنه يجب على الأجنبي نصف الغرم، وهو أرش البكارة، وعلى الزوج

---

(١) **ابن عثيمين:** (إذا اشترك محل ومحرم في قتل الصيد؛ فإنه باعتبار قتل المحرم إياه يكون حراماً بلا شك، وباعتبار قتل المحل يكون حلالاً، كما أنه باعتبار قتل المحرم يكون مضموناً، وباعتبار قتل المحل لا يكون مضموناً، ولهذا يقول لا يلزم المحرم ضمانه كاملاً؛ لأن فعل غير المحرم ليس حراما، بل هو مأذون فيه؛ فأحيل الضمان على من كان حراما عليه، هذا هو الذي نص عليه أحمد في ظاهر كلامه، وقال القاضي: مقتضى الفقه عندي أنه يلزمه نصف الجزاء؛ لأن موت الصيد حصل بفعلين، أحدهما جائز والثاني حرام، وقاسه على مشاركة من لا ضمان عليه في إتلاف النفوس والأموال؛ فإنه إذا اشترك اثنان في إتلاف نفس أحدهما لا ضمان عليه والثاني عليه ضمان؛ فإن الضمان يكون على من عليه الضمان بالنصف فقط، مثل اشترك رجل وأجنبي في إتلاف مال نفسه؛ فالرجل لا ضمان عليه، والأجنبي عليه الضمان، ولكن يقول المؤلف هنا: إن بينهما فرق، والفرق واضح؛ إذ الإذن هناك منتف، والإذن هنا موجود؛ فالإذن في مسألة الصيد منتف؛ إذ ليس للمحل أن يشارك المحرم في قتل الصيد، بل الواجب عليه إذا رأى محرماً يريد أن يصطاد صيداً؛ فعليه أن ينهاه عن ذلك لأنه من المنكر، وأما من شارك في مال يحل له إتلافه وشارك غيره؛ فإن هذا الذي شارك مأذون له فيه لأنه ماله، أو مأذون له في إتلافه، لكن يقول: نعم، إن قصد المُحل إعانة المحرم ومساعدته على قتل الصيد، توجه ما قاله القاضي، فإنه يكره له ذلك أو يحرم عليه، وحينئذ يكون مشاركاً في أمر محرم؛ فيكون الضمان بينهما نصفين، كما لو باع من لا جمعة عليه لمن عليه الجمعة بعد النداء؛ فالبيع حكمه حرام، مع أن من لا جمعة عليه العقد في حقه حلال، ولكن هذا عقد لا يكون إلا بين اثنين.

فائدة:

يجوز للمحرم أن يأكل من الصيد إذا لم يصده ولم يعن عليه ولم يصد له؛ لحديث أبي قتادة: «أنه كان مع رسول ﷺ، حتى إذا كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع أصحاب له محرمين وهو غير محرم، فرأى حماراً وحشياً، فاستوى على فرسه، فسأل أصحابه أن يناولوه سوطه، فأبوا عليه، فسألهم رمحه، فأبو عليه، فأخذه، ثم شد على الحمار فقتله، فأكل منه بعض أصحاب رسول الله ﷺ وأبى بعضهم، فلما أدركوا رسول الله ﷺ سألوه عن ذلك؛ فقال: إنما هي طعمة أطعمكم الله».

وإذا صاد المحرم صيداً؛ فهو حرام عليه وعلى غيره، حتى على المحل؛ لأن قتل المحرم له يجعله بمثابة الميتة) ا.هـ

نصف المهر فقط من غير أرش، ووجه ذلك أن إذهاب البكارة على هذا الوجه غير مأذون فيه؛ فيسقط الضمان به، ولزم الأجنبي نصف الأرش، وأما الزوج؛ فأرش البكارة غير مضمون عليه، وإنما المضمون عليه المهر، ولم يوجد ما يقرره.

وخرج صاحب «المغني»[1] وجهاً آخر: أنه يتقرر المهر كله على الزوج بهذا الفعل مع انفراده به؛ لأن الأجنبي لو استقل بهذا الفعل للزمه مهر المثل كله على رواية منصوصة نقلها مهنا أيضاً، فإذا كان موجباً للمهر ابتداء؛ فلأن يقرره أولى، ولكن في صورة الاشتراك في الفعل غير مأذون فيه إنما يجب على الزوج نصف الضمان.

نعم، يتخرج من هذه الرواية رواية أخرى: أن الأجنبي هنا عليه نصف مهر المثل.

واختار ابن عقيل: أن الزوج هنا يجب عليه نصف أرش البكارة مع نصف المهر؛ لأن الزوج إنما يستحق إتلاف البكارة تبعاً لاستيفاء حقه من الوطء، فإذا أتلفه على غير هذا الوجه؛ ضمنه[2]؛ كالمستعير إذا أتلف خمل المنشفة مثلاً بغير استعمال؛ فإنه يضمن.

وأيضاً، فلو وجب لرجل قصاص على آخر في نفسه، فقطع بعض أعضائه عدواناً؛ ضمنه

---

(١) المغني (٧/ ١٩٤).

(٢) **ابن عثيمين:** (الظاهر أن أقرب الأقوال هذه هو قول ابن عقيل: أن الزوج عليه نصف المهر ونصف أرش البكارة، وعلى الثاني نصف أرش البكارة، مثاله: رجل تزوج امرأة بكراً، ثم قابلها في السوق ومعه صديق له، فأمسكا بها ودفعاها، فذهبت بكارتها، ثم طلقها زوجها قبل الدخول، والرجل إذا طلق زوجته قبل الدخول؛ فيجب عليه نصف المهر، بقينا في البكارة الآن، المرأة إذا كانت بكراً ليست كما لو كانت ثيبا، إذا كان مهرها ثيباً مئة درهم؛ فمهرها بكراً مئتا درهم مثلاً؛ فأرش البكارة مئة، هذه المئة هل نقول: نصفها على الأجنبي وليس على الزوج منها شيء؛ لأن أرش البكارة دخل في نصف المهر، أو نقول: إن الأجنبي عليه الضمان كاملاً، ضمان أرش البكارة، والمهر على التخريج الأخير، أو نقول: إن الزوج عليه نصف المهر ونصف الأرش والأجنبي عليه نصف أرش البكارة؟
هذا القول الأخير هو اختيار ابن عقيل، وهو قياس، فإن قلت: يلزم على هذا القول أن الرجل إذا جامع زوجته ثم طلقها لزمه المهر كاملا وأرش البكارة؛ لأنك قلت: إذا طلقها قبل الدخول لزمه نصف المهر وأرش البكارة؛ فالجواب على ذلك ذكره ابن عقيل؛ قال: إن ذهاب البكارة بالوطء إنما ذهب لحق الاستمتاع بها؛ بخلاف ما إذا ذهب من أجل دفعها، فإن دفعها غير مأذون فيه للزوج؛ فيجب أن يحمل من الضمان بقدرة، بخلاف الوطء، ولهذا سقط أرش البكارة فيما إذا جامعها ثم طلقها، بخلاف ما إذا دفعها ثم طلقها قبل الدخول؛ فيكون على الزوج نصف أرش البكارة، وعلى الأجنبي نصف أرش البكارة، وعلى الزوج نصف المهر؛ لأنه طلق قبل الدخول، فلو لم يطلقها ورضي بها زوجة له؛ فيسقط عنه نصف أرش البكارة، وعليه المهر كاملاً، وعلى صديقه نصف أرش البكارة؛ فهذا القول -قول ابن عقيل- هو الذي تطمئن له النفس) ا.هـ

لأنه لم يستحق إتلاف بعض أعضائه إلا تبعاً لإتلاف جملته لا استقلالاً.

ويتخرج فيه وجه آخر: أن الأرش كله أو مهر المثل على الأجنبي؛ لأن الزوج مأذون له في إتلاف هذا الجزء في الجملة؛ فيكون الأجنبي منفرداً بالجناية عليه، فيتكمل الضمان عليه، ولو رمى ثلاثة بالمنجنيق، فرجع الحجر على أحدهم فقتله؛ فهل تجب على الآخرين ثلثا ديته أو كمالها؟

على روايتين.

القاعدة التاسعة والعشرون

من سومح في مقدار يسير فزاد عليه؛ فهل تنتفي المسامحة في الزيادة وحدها أو في الجميع؟

فيه وجهان، وللمسألة صور:

منها: الوكيل في البيع مع الإطلاق يملك البيع بثمن المثل وبدونه بما يتغابن بمثله عادة، فإذا باع بما لا يتغابن بمثله عادة؛ فهل يضمن بقية ثمن المثل كله[1][2]، أو القدر الزائد عما يتغابن به عادة؟

---

(١) **ابن عثيمين:** (مثل وكله بشيء يساوي (١٠٠٠) دينار فباعه الوكيل (٩٨٠) دينار هذا النقص لا يضر لأنه مما يتغابن به وصاحب الشيء لم يقدر الثمن على الوكيل بل قاله له بع هذا الشيء وكان يساوي (١٠٠٠) دينار فباعه الوكيل (٩٨٠) دينار فإن الوكيل لا يضمن لماذا؟ لأن نقص (٢٠) دينار فيما يبع بـ(١٠٠٠) دينار أمر معتاد بخلاف لو باعه بـ(٢٠٠) دينار وهو يساوي (٤٠٠) دينار فهذا لا يتسامح به لأنه النصف لكن هذا الشيء الذي يساوي (١٠٠٠) دينار فباعه بـ(٩٠٠) دينار فإن هذا يعد نقص بيّن فهل يضمنه (٨٠) ديناراً أو يضمنه (١٠٠) دينار هذه هي المسألة وهي على وجهين:

الوجه الأول: ان يضمنه (١٠٠) دينار كلها لأنه تجاوز الحد المأذون فيه أُلزم بكل ما تجاوز به ومنهم من يقول تضمنه ما لا يعد مسامح فيه أو ما لا يتغابن فيه فقط فيتضمن على الرأي (٨٠) ديناراً.

الوجه الثاني: يقول ابن عقيل يضمن بقية الثمن أي (١٠٠) دينار إضافة إلى (٩٠٠) دينار يعني يضمن (١٠٠٠) دينار) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (يقول ابن عقيل -وهو من العلماء الكبار-: يضمن بقية ثمن المثل كله، واستشهد لكلامه بالصور الآتية:

النجاسة الكثيرة في الثوب يجب غسلها، أو يغسل منها ما لا يعفى عنه؟

يجب غسلها كلها، مثال ذلك: رجل فيه بقعة دم يسيرة ما يجب غسلها، ولكنها زادت حتى أصبحت كبيرة لا يعفى عنها؛ فهل نقول: اغسل من هذه البقعة حتى يبقى جزء يعفى عنه، أو نقول: اغسل البقعة كلها؟

اغسل البقعة كلها، فيقول ابن عقيل: كما أننا أوجبنا أن نغسل البقعة كلها ولا نترك منها ما يعفى عنه، كذلك نضمنه النقص كله ولا نترك ما يعفى عنه، هذا أصل قاس عليه.

وأصل ثان كذلك، وهو العمل الكثير في الصلاة؛ فإنه لو أفرد الجزء المعفو عنه؛ بقي الثاني غير كثير، ولو فرضنا أن العمل الكثير في الصلاة ست حركات مثلاً، فلو أننا قلنا: إننا نؤاخذه بما زاد على ما يعفى عنه؛ لكان الزائد ثلاث حركات، وقد قلنا: إن ثلاث حركات يعفى عنها؛ فيلزم من ذلك أن يعفو عن هذا العمل الكثير، ولذلك نؤاخذه بكل العمل؛ فنقول: هذا عمل كثير مبطل للصلاة، والمقصود أننا لو قلنا: إن الثلاث حركات عمل يعفى عنه والست لا يعفى عنه، فلو أننا ألغينا العمل المعفو عنه؛ لقلنا: كذلك الزائد يعفى عنه، وعلى هذا؛ فلو تحرك ست حركات وهي كثيرة؛ فإن الصلاة لا تبطل لأننا إذا ألغينا ما يعفى عنه بقي حركات يعفى عنها، وحينئذ لا تبطل الصلاة، وإذا كنا لا نعفوا عن القدر المتسامح فيه في العمل الكثير في الصلاة؛ فكذلك البيع.

وهنالك أصل ثالث سيأتي التنبيه عليه قريباً) ا.هـ

على وجهين:

ورجح ابن عقيل ضمان بقية ثمن المثل كله، واستشهد له بالنجاسة الكثيرة في الثوب يجب غسلها، ولا ينفرد منها ما يعفى عنه بانفراده، وكذلك العمل الكثير في الصلاة؛ فإنه لو أفرد منه القدر المعفو عنه بانفراده؛ فقد يصير الباقي يسيراً، فيلزم العفو عن الكل، وكذلك إذا ضرب الصبي معلمه أو المرأة زوجها ضرباً مبرحاً وماتا؛ ضمن الدية كلها، ولو عفى عن القدر المباح بانفراده؛ لم يجب كمال الدية(١).

وهذه الصورة الأخيرة ترد إلى القاعدة التي قبل هذه؛ حيث كان التلف تولد من ضرب مأذون فيه وغير مأذون، فأوجب كمال الضمان، كما لو زاد على الحد سوطا؛ فلا دلالة له فيها.

ومنها: لو أكل المضحي جميع أضحيته؛ فهل يلزمه ضمان ثلثها أو ما يقع عليه الاسم؟

على وجهين.

ولو تصدق أولا بما يقع عليه الاسم أجزأه؛ لأن الصدقة بالثلث كله مستحب ليس بواجب على المشهور في المذهب(٢).

---

(١) **ابن عثيمين**: (لو فرضنا أن الصبي يتأدب بعشر ضربات، لكن ضربه المعلم عشرين ضربة فمات، فلو قلنا: إن القدر المعفو عنه من أجل التأديب يسقط؛ فإنه يلزمه من الضمان نصف الدية لأنه مات بعشر وعشر؛ فعفي عن عشر، فبقي نصف الدية، ولكن في هذه الحال نقول: يلزم الدية كاملة؛ فابن عقيل قاس مسألة البيع على ثلاثة مسائل، ولكن ابن رجب في هذه الصورة الأخيرة قال: إنها ترد إلى القاعدة؛ فهذا التلف تولد من ضرب مأذون فيه وغير مأذون فيه، فأوجب كمال الضمان كما لو زاد على الحد سوطاً؛ فلا دلالة فيها، أي فلا دلالة فيها على ما قال، واستفدنا من قول ابن رجب رحمه الله؛ فلا دلالة فيها على ما قال أن الفقهاء رحمهم الله يجعلون القياس على المسائل المتفق عليها دليلاً، يجب الالتزام بالمسألة المقيسة إذا جاءت مسألة أخرى تطابقها بنفس الوجه.

وعندي أن قول ابن عقيل قوي وجيد؛ ولأننا تسامحنا في اليسير لأن تصرفك في اليسير مأذون فيه، ولكن الكثير غير مأذون فيه؛ فينبغي أن يغلظ العقوبة، وكذلك مثل هذا التوكيل في الشراء، فإذا اشترى الوكيل لي شيئاً يساوي مئة، فاشتراه بمئة ودرهم؛ فإنه لا يضمن الدرهم لأن هذا مما يتغابن به عاده، ولكنه اشتراه بمئة وخمسين؛ فهل يضمن الخمسين أم تسعة وأربعين؟

الدرهم مما يتغابن فيه عادة؛ فيقال: يُضمّن الخمسين على الصحيح لأنه هو المعتدي وكذلك في البيع) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (الصحيح في هذه المسألة أنه لا يلزمه أن يتصدق بالثلث؛ لأنه لا يجب الثلث أصلا، وهذا من حقوق الله، فلو أكلها كلها ضمن أقل ما يقع عليه اسم اللحم، ودليل ذلك (أعني: الإطعام) منها: قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا

=

ومنها: لو تعدى الخارج من السبيل موضع العادة؛ فهل يجب غسل الجميع أو القدر المجاوز لموضع العادة ويجزئ الحجر في موضع العادة؟

على وجهين:

أشهرهما: أن الواجب غسل المتعدي خاصة، وهو قول القاضي، وربما نسبه إلى نص أحمد؛ لأن هذا لا ينسب فيه إلى تفريط، وتعد بخلاف الوكيل والمضحي.

والثاني: يلزمه غسل الجميع، وبه جزم القاضي أبو يعلى الصغير، ولم يحك فيه خلافاً[1].

ومنها: لو أدى زكاته إلى واحد، وقلنا يجب الأداء إلى ثلاثة؛ فهل يضمن الثلثين أو يقع عليه الاسم؟

على وجهين[2].

وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦]؛ فالإطعام واجب، وهل الأكل منها واجب؟
هذا هو الظاهر، بل هو الصحيح؛ لأن الأمر واحد، وقال بعضهم: إن الأمر بالأكل للإباحة والأمر بالإطعام على سبيل الوجوب، وعللوا ذلك بأن الصدقة لمنفعة الغير والأكل لمنفعتك، ولكن يقال: حتى لو كان لمنفعتك؛ فأنا مأمور أن أتبسط بنعمة الله، ولهذا أمر الرسول ﷺ أن يؤخذ من كل بعير قطعة -وهي مئة بعير-، وطبخت؛ فأكل من لحمها وشرب من مرقها الأصل أن ما أخرج لله لا ينتفع به في الدنيا حتى البلد التي تهاجر منها في سبيل الله لا يجوز أن يرجع ويسكن فيها والأكل من الأضحية ليس من الإباحة بل على سبيل التعبد لفعل النبي عليه الصلاة والسلام في أخذ قطعة من كل بعير) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين**: (القاضي أبو يعلى الصغير والكبير، فإذا أطلق القاضي؛ فهو الكبير، وكلاهما من أتباع أحمد، وهذه المسألة مرت علينا في باب الاستنجاء، وذكرنا هناك في الاستجمار ألا يتعدى الخارج موضع العادة، فإن تعدى موضع العادة، فإنه لا يجزئ فيه إلا الماء.

وهنا فائدة جديدة: فهل نقول: إن الماء يجب فيما زاد على موضع العادة وما كان في موضع العادة يكفي فيه الحجر، أم لا بد من غسل الجميع؟

فيها قولان منهم من قال: اغسل مذاك واستجمر بما لم يزد ومنهم من قال: ينسحب الحكم على الجميع فلا يجزئ إلا الماء وهذا هو الأقرب لأنه نجاسة متصلة بعضها ببعض ولا يعفى عنها. وقول المؤلف: إن هذا ليس من تفريطه؛ فربما يقال: إن الخارج إسهال، ويكون مضجعا فيكون هذا من تفريطه) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (**الوجه الأول**: يضمن ما يقع عليه الاسم.

الوجه الثاني: يضمن الثلثين مثال ذلك زكاة الثلاثمئة دينار أديتها إلى فقير واحد إذا قلنا أنه لابد تعد إلى ثلاثة، لأن أقل الجمع ثلاثة لقول الله تعالى: ﴿۞إِنَّمَا ٱلصَّدَقَـٰتُ لِلْفُقَرَآءِ﴾ فأقل الجمع ثلاثة لا بد أن تؤديها إلى ثلاثة فقراء فأدى الثلاثمئة إلى واحد فهل أضمن متين للثاني والثالث وأضمن أقل ما يقع عليه الاسم إذا قلنا أقل ما يقع عليه الاسم فإنه يضمن أن يعطي كل واحد دينار؛ لأنّ أقل ما يقع عليه الاسم؟ الدينار وإذا قلنا يضمن الثلثين فيعطي كل واحد مئة والصواب في هذه المسألة أنه تجزي من الزكاة أن تعطى إلى فقير واحد لحديث قبيصة (أقم عندنا حتى تأتيك الصدقة فنأمر لك بها)) ا.هـ

القاعدة الثلاثون

إذا أخرج عن ملكه مالاً على وجه العبادة، ثم طرأ ما يمنع أجزاءه أو الوجوب؛ فهل يعود إلى ملكه أم لا؟

فيه خلاف.

فمن ذلك: إذا أوجب هدياً أو أضحية عن واجب في ذمته، ثم تعيبت؛ فإنها لا تجزئه، وهل يعود المعيب إلى ملكه؟

على روايتين[١].

ومنها: إذا عجل الزكاة، فدفعها إلى الفقير ثم هلك المال؛ فهل يرجع بها أم لا؟

على وجهين[٢]:

ومنها: لو عجل عن ثلاثين من البقر تبيعاً، ثم نتجت عشرة قبل الحول وقلنا: لا يجزئ التبيع عن شيء منها؛ فهل يسترجع؟

تخرج على الوجهين[٣].

---

(١) **ابن عثيمين:** (والصحيح أنها تعود؛ فمثلاً: إنسان عليه هدي تمتع، واشترى شاة وعينها وتعيبت؛ فهي واجبة في ذمته قبل التعييب، وهي الآن لا تجزئ، لو ذبحها؛ فلا بد من شراء غيرها، وإذا اشترى غيرها؛ فهل يعود المعيب إلى ملكه أو لا يعود؟

فيه خلاف: قول يلزم ذبحها؛ لأنه عيبها ولا تجزئ عن ذمته لأنها واجبة قبل التعييب، وقول ثان: إنه لما ذبح بدلها ترجع إلى ملكه، وهذا هو الصحيح، ولكن بشرط أن يكون المذبوح مثلها أو أحسن) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (الصحيح أنه ما يرجع؛ لأن الفقير ملكها، ولو أنه فتح هذا الباب؛ لكانت مشكلة، فلو كان عندي عشرة آلاف؛ فزكاتها مئتان وخمسون، فأعطيتها الفقير قبل؛ أن تحل، وهي تحل في رمضان مثلاً، وأنا أعطيته إياها في محرم، ولكن ما جاء رمضان إلا والمال قد تلف، فهل أرجع على الفقير بالمئتين والخمسين لأن المال الذي دفعت الزكاة قد تلف، أو لا أرجع لأنه ملكها؟

هذا هو الخلاف، والصواب كما ذكرنا عدم الرجوع) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (والظاهر في مثل هذا أن يقال أنه يخرج الفرق فيتبعه المُسِن والوجه الثاني أصح أنه لا يرجع ولا يلزمه مُسِنّه بل يلزمه الفرق لئلا نظلمه أو نظلم الفقير) ا.هـ

القاعدة الحادية والثلاثون

من شرع في عبادة تلزم بالشروع، ثم فسدت؛ فعليه قضاؤها على صفة التي أفسدها، سواء كانت واجبة في الذمة على تلك الصفة أو دونها.

ويتخرج على ذلك مسائل[١]:

منها: إذا صلى المسافر خلف مقيم وفسدت صلاته؛ فإنه يجب عليه قضاؤها تامة[٢].

ومنها: إذا أحرم من بلده ثم أفسد نسكه بجماع؛ وجب قضاؤه والإحرام من موضع إحرامه أولا، نص عليه أحمد، بخلاف ما إذا أحصر في نسكه ذاك ثم قضاه؛ فإنه لا يلزمه الإحرام إلا من الميقات، نص عليه أيضا؛ لأن المحصر فيه لا يلزمه إتمامه[٣].

ومنها: إذا عين عما في ذمته من الهدي أو الأضحية ما هو أزيد صفة من الواجب ثم تلف، فإن كان تلفه بتفريطه؛ فعليه إبداله بمثله، وإن كان بغير تفريط ؛ ففيه وجهان حكاهما القاضي في «شرح المذهب»، وجزم صاحب «المغني»[٤] بأنه لا يلزمه أكثر مما كان في ذمته؛ لأن الزيادة وجبت بتعيينه، وقد تلفت بغير تفريط؛ فسقطت كما لو عين هديا تطوعا ثم تلف[٥].

---

(١) **ابن عثيمين**: (معنى هذه القاعدة أن الإنسان المكلف إذا شرع في عبادة تلزمه ثم أفسدها؛ فعليه أن يقضيها على الصفة التي أوجبها، سواء كانت واجبة في الأصل على هذه الصفة أو دونها؛ فهذا إنسان اشترى أضحية سمينة طية، ثم ذبح هذه الأضحية قبل يوم النحر؛ فنقول: إنه يجب ضمانها بمثلها، فإذا قال: أفلا يكفيني أن أضحى بأضحية تدلي فقط؟ قيل: لا؛ لأنك أنت الذي فوت تلك الأضحية) اهـ

(٢) **ابن عثيمين**: (المسافر فرضه ركعتان فإذا صلى خلف مقيم كان فرضه أربعا تبعا للمقيم فإذا أفسد هذه الصلاة لزمه أن يقضي أربعا وإن كان في الأصل أن لا يلزمه سوى ركعتان) اهـ

(٣) **ابن عثيمين**: (رجل يريد الحج وهو في القصيم، فأحرم من القصيم، وفي أثناء نسكه جامع زوجته قبل التحلل الأول؛ فإن نسكه يفسد، ويلزمه قضاءه من العام القادم، ولكن يحرم من القصيم، ولا يقول: أنا أحرم من الميقات؛ لأنه أفسد عبادة لزم مقتضاها من حين الإحرام وعلى كل حال نقول إن هذا يلزمه أن يحرم من المكان الذي أحرم منه في حجه الذي أفسده، أما إذا أحصر وتحلل؛ فإنه لا يلزمه الإحرام إلا من الميقات الأصلي؛ لأن هذا بغير اختياره، بخلاف الجامع والصواب ما قال المؤلف الإحرام من المكان الذي أحرم منه وكذلك الصلاة لأن عندنا قاعدة القضاء يقضي الأداء، والرسول عليه الصلاة والسلام لما صلى الفجر لما طلعت الشمس جهر بالقراءة مع أن وقت الجهر فات) اهـ

(٤) المغني (٣/ ٢٨٥).

(٥) **ابن عثيمين**: (الصحيح ما ذكر صاحب «المغني»، فإذا كان بغير تفريطه؛ فإنه لا يلزم بأكثر مما يجب عليه؛ فمثلا: هذا إنسان عليه هدي تمتع وهدي التمتع واجب، فعين شاة طيبة جيدة ثم تلفت الشاة، فإن كان تلفها بتفريط منه أو تعد؛ لزمه عليه مثلها وإن كانت أزيد مما في الذمة، أما إذا كانت بغير تفريط منه، مثل لو انطلقت وهربت وعجز عن لحاقها؛ فإنه لا يلزمه أكثر مما يجب في ذمته؛ لأن الزائد تلف من غير تعد ولا تفريط، فلا يلزمه) اهـ

ومنها: لو نذر اعتكافاً في شهر رمضان ثم أفسده؛ فهل يلزمه قضاؤه في مثل تلك الأيام؟

على وجهين، وظاهر كلام أحمد لزومه، هو اختيار ابن أبي موسى؛ لأن في الاعتكاف في هذا الزمن فضيلة لا توجد في غيره؛ فلا يجزئ القضاء في غيره، كما لو نذر الاعتكاف في المسجد الحرام ثم أفسده؛ فإنه يتعين القضاء فيه، ولأن نذر اعتكافه يشتمل على نذر اعتكاف ليلة القدر فتعين لأن غيرها لا يساويها.

وعلى هذا؛ فنقول: لو نذر اعتكافاً عشرة أيام؛ فشرع في اعتكافها في أول العشر الأواخر ثم أفسده؛ لزمه قضاؤه في العشر من قابل؛ لأن اعتكاف العشر لزمه بالشروع عن نذره، فإذا أفسده؛ لزمه قضاؤه على صفة ما أفسده[1].

---

(١) **ابن عثيمين:** (وقول المؤلف: «لو نذر» لا يعني هذا أن النذر جائز جوازاً مستوي الطرفين؛ لأن النذر إما مكروه أو محرم؛ لنهي النبي ﷺ عنه، والقاعدة التي تقررت الآن هو أنه إذا شرع الإنسان في عبادة تلزمه، وهذا احتراز من التي لا تلزمه؛ كالتطوع، ثم أفسدها لزمه قضاؤها على الصفة التي أفسدها، وإن كان أكثر أو أزيد مما في ذمته، والتعليل لأنها لزمت بالشروع، ودخوله في هذا الأمر الواجب عبارة عن إلزام نفسه بأن يفعله على هذه الصفة) ا.هـ

القاعدة الثانية والثلاثون

يصح عندنا استثناء منفعة العين المنتقل ملكها من ناقلها مدة معلومة[(١)].

ويتخرج على ذلك مسائل[(٢)]:

منها: المبيع، إذا استثنى البائع منفعته مدة معلومة؛ صح. حكي فيه رواية أخرى بعدم الصحة[(٣)].

---

(١) **عبّر عنها العلامة السعدي:** (استثناءُ المنافع المعلومة في العين المنتقلة بمعاوضة جائز، وفي التبرعات يجوز استثناءُ المدةِ المعلومةِ والمجهولة.

والفرق بين البابين: أن المعاوضاتِ يُشترطُ فيها تحريرُ المَبيع، والعلم به وبمنافعه؛ وصفاته من كل وجه، وباب التبرعاتِ أوسعُ منه، لا يُشترط فيه التحرير؛ لأنه ينتقل إلى المتبرَّع إليه مَجَّاناً فلا يضر جَهَالةُ بعضِ المنافع.

مثال الأول: مَنْ باع داراً ودكاناً، واستثنى سُكنَاها مدة معلومة، أو باع بَهيمة، واستثنى ظهرَها إلى مَحَلٍّ معين، أو باع سلاحاً، أو آنيةً، واستثنى الانتفاعَ بها مدةً معلومة، أو باعَ كتاباً وشرط أن ينتفعَ به مدة معلومة. فكل ذلك جائز. فإن كانت مجهولةً لم يَجُزْ لما فيه من الغَرَر. ومثال الثاني: لو وَقَّف عقاراً واستثنى الانتفاع به مدة معلومة، أو مدةَ حياته، أو أعتق رقيقاً، واستثنى خدمته له أو لغيرِه مدةً معلومة، أو مدةَ حياته. فهو جائز. مع أن مدة الحياة مجهولة) ا.هـ.

قال ابن عثيمين: (خلاصة هذه القاعدة: أن ما كان من باب المعاوضة فلابد فيه من التحرير لأن كونه معاوضة يدل على أنه مشاحة، وأن كلٍ واحد من المتعاملين يريد حقه بَيِّناً واضحاً كاملاً. يدخل في ذلك البيع والإجارة مثلاً. وما كان من باب التبرع فإنه يُغتفر فيه الجهالة. ولا يشترط فيه التحرير؛ لأن باب التبرع إن حصل المتبرَع به للمتبرِع له فهو غنيمة وإن لم يحصل فليس عليه شيء ما عليه ضرر. ولهذا لو كان الإنسان جمل شارد فباعه على آخر يجوز أو لا يجوز؟ لا يجوز لأنه بيع معاوضة، ولو وهبه لآخر؟ جاز. هذا الآخر إن ذهب يطلب جمله. فهو غنيمة وإلا فلا ضرر عليه. فإن قيل: عليه ضرر وهو أنه يذهب يطلب الجمل. قلنا: هذا الضرر ليس ملزماً به بخلاف المعاوضة. كما لو خرج إنسان مثلاً يصطاد صيداً ربما يقطع المفاوز ولا يجد صيداً. المهم هذه القاعدة مبنية على ما كان من باب المعاوضة فلابد فيه من العلم والتحرير وما كان من باب التبرع فالأمر فيه واسع هل لنا دليل في هذه المسألة يعني جواز الاستثناء من بعد المبيع؟ نعم ما هو؟ حديث جابر ﷺ أنه باع على النبي ﷺ جمله واستثنى حملانه إلى المدينة (متفق عليه) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (قوله: «عندنا»؛ أي: عند الحنابلة.

ومعنى القاعدة: إنك إذا نقلت عيناً من ملكك، سواء كان هذا النقل إلى ملك آخر من الناس أو نقلته نقلاً مطلقاً؛ كعبد أعتقته واستثنيت منفعة هذا المنقول مدة معينة؛ فإن ذلك جائز، مثاله: بعت عليك بيتي واستثنيت سكناه سنة؛ فالآن استثنيت منفعة المنقول مدة معينة؛ فهذا جائز، والأصل فيه حديث جابر رضي الله عنه حيث باع على النبي ﷺ جمله واستثنى حملانه إلى المدينة، فوافقه النبي ﷺ على هذا الشرط) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (الرواية الأولى أصح، وهي المذهب، أي أنه إذا استثنى منفعة مدة معلومة صح ذلك، مثاله: بعت عليك السيارة بكذا، واشترطت عليك أن أسافر بها وأرجع؛ فهذا جائز كما فعل جابر مع النبي ﷺ، وإذا استثنيت المنفعة مدة مجهولة، مثل أن أقول: بعت عليك بيتي هذا بمئة ألف واستثنيت البقاء فيه حتى أشتري بيتاً؛ فهذا لا يصح؛ لأن المدة غير معلومة، فإنه لا يدري متى تشتري البيت، وقد نهى رسول الله ﷺ عن الثُنيا إلا أن تعلم، فإن
=

ومنها: الوقف، يصح أن يقف ويستثني منفعة مدة معلومة أو مدة حياته؛ لأن جهالة المدة هنا لا تؤثر؛ فإنها لا تزيد على جهالة مدة كل بطن بالنسبة إلى من بعده[١].

ومنها: العتق، ويصح أن يعتق عبده ويستثني منفعته مدة معلومة، نص عليه لحديث سفينة وكذا لا استثنى خدمته مدة حياته، وعلى هذا يتخرج أن يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها؛ لأنه استثنى الانتفاع بالبضع وتملكه بعقد النكاح، وجعل العتق عوضاً عنه؛ فانعقدا في آن واحد[٢].

ومنها: إذا كاتب أمته واستثنى منفعة الوطء؛ فإنه يصح على المذهب المنصوص؛ فإنه إنما نقل بالكتابة عن ملكه منافعها دون رقبتها[٣].

ومنها: الوصية؛ فيصح أن يوصي برقبة عين لشخص وبنفعها لآخر مطلقاً أو مدة معلومة، أو يبقيها للورثة[٤].

قدرت أقصى المدة، فقلت: بعت عليك هذا البيت بشرط أن أسكنه حتى أشتري بيتاً إلى مدة سنة؛ فهل هذا جائز؟ المذهب لا يجوز؛ لأن المدة دون السنة غير معلومة، ولكن الصحيح أن هذا جائز؛ لأنني إذا اشتريت البيت قبل السنة وخرجت من هذا البيت الذي بعته؛ فليس علي ضرر، وأنت انتفعت) ا.هـ

والثنيا: أن يبيع ثمر بستانه ويستثني منه جزء غير معلوم.

(١) **ابن عثيمين**: (فلو قال: وقفت هذا البيت على أن لي سكناه مدة حياتي، وهي غير معلومة يقول هذا لا يضر، وهي أيضاً عندنا غير معلومة، فلو قال: هذا البيت وقف على أولادي ثم أولادهم؛ فأولاد الأولاد لا يستحقون السكنى إلا بعد موت الأولاد، وموت الأولاد غير معلوم؛ فكما أن الموقوف عليهم مدتهم غير معلومة؛ فكذلك الواقف إذا استثنى مدة حياته؛ فهو كما لو انتفع الموقوف عليه بهذا الوقف مدة حياته.

ووجه آخر: بأن نقول: إن الواقف متبرع وليس عقده عقد معاوضة، حتى نقول: إن الجهالة تؤثر فيه وعقد التبرع يوسع فيه ما لا يوسع في عقد المعاوضة، ولهذا على القول الراجح يجوز أن أهبك شيئاً مجهولاً ولا حرج في ذلك) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (ومعناها: أعتق عبده واستثنى خدمته لمدة سنة؛ فإن هذا جائز لحديث سفينة أنه أعتق واشترط في عتقه أن يخدم النبي ﷺ لمدة كذا وكذا، وأيضاً إذا اعتق الأمة وجعل عتقها صداقها؛ فإن هذا نوع من الاستثناء، فإنه استثنى البضع لأنه لو أعتقها ولم يجعل عتقها صداقها؛ صارت حراماً عليه لأنها ليست زوجة ولا مملوكة، فإذا جعل عتقها صداقها؛ صارت كالمستثنى منفعتها، أما لو أعتقها واشترط جماعها لمدة سنة فهذا لا يجوز لأنها خرجت عن ملكه) ا.هـ

(٣) **قوله**: «فإنه إنما نقل بالكتابة عن ملكه منافعها دون رقبتها»، هذا كالتعليل للمسالة؛ لأنه قد يقول قائل: كيف يطؤها وهي قد خرجت عن ملكه بالكتابة؛ فيقال: إن الذي قد خرج عن ملكه المنافع، أما الرقبة؛ فلم تخرج) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين**: (مثاله: أن يوصي بالبيت لشخص وبمنافعه لآخر، سواء كان ذلك مدة معينة بأن قال: ينتفع فلان به عشر سنوات، أو على سبيل الإطلاق، وفائدة الذي أوصي له بالرقبة أنه يملك الأصل، ولو أوصى لشخص ببعير وبمنافعها لآخر؛ فإن هذا يصح، ولو تعطلت منافع البعير فذبحت مثلاً؛ كانت للذي أوصي بها له) ا.هـ

ومنها: الهبة، يصح أن يهبه شيئا ويستثني نفعه مدة معلومة، وبذلك أجاب الشيخ موفق الدين رحمه الله تعالى.

ومنها: عوض الصداق والخلع والصلح على مال،وقياس المذهب صحة استثناء المنفعة فيها[1].

(١) ابن عثيمين: (يجوز للإنسان أن يستثني منفعه العين التي نقل ملكها إلى غيره مدة معلومة إلا إذا كان النقل تبرعاً فلا يشترط أن تكون المدة معلومة والله أعلم) ا.هـ

وخلاصة القاعدي: (فما ذكرنا أن ابن القيم جوّز ان يبيع الإنسان بيتاً ويستثني منه منفعته حتى يجد بيتاً آخر وقلنا أن الصحيح خلاف ذلك إلا إذا كان محدد المدة بأن قال في مدة لا تتجاوز كذا وكذا وإن كانت أقل فلا بأس) ا.هـ

القاعدة الثالثة والثلاثون

الاستثناء الحكمي؛ هل هو كالاستثناء اللفظي، أم تغتفر فيه الجهالة بخلاف اللفظي؟

فيه وجهان، والصحيح عند صاحب «المغني»[١] الصحة، وهو قياس المذهب، خلافاً للقاضي.

ويتخرج على ذلك مسائل[٢]:

منها: لو باعه أمة حاملاً بحر، وقلنا: لا يصح استثناء الحمل لفظاً؛ فهل يصح أم لا؟ على وجهين[٣].

ومنها: لو باعه عقاراً تستحق فيه السكنى الزوجة المعتدة من الوفاة بالحمل؛ فهل يصح؟ قال في «المغنى»: لا؛ لأن مدة الحمل مجهولة، بخلاف مدة الأشهر[٤].

وقال الشيخ مجد الدين في «مسودته على الهداية»[٥]: قياس المذهب صحة البيع. وأطلق.

ومنها: بيع الدار المؤجرة يصح، وسواء علم المشتري بالإجارة أو لم يعلم، نص عليه أحمد

---

(١) المغني (٤/ ٨٥).

(٢) **ابن عثيمين**: (اللفظي سبق أن الاستثناء فيه يكون معلوماً؛ لأن النبي ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم، وهذا في باب المعاوضات، أما في التبرعات؛ فيصح وإن كان مجهولاً، ولهذا يصح أن يعتق الإنسان أمة ويستثني حملها) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (كيف تحمل الأمة بحر؟
هذا رجل تزوج أمة واشترط على مالكها أن ولده منها حر، فحملت الأمة منه، فصار الجنين حراً، ثم باع المالك هذه الأمة وكانت حاملاً بحُر، فصار البيع يقع على الأمة دون الحمل، فصار استثناء الحمل حكمياً لا لفظياً؛ لأنه مستثنى شرعاً، سواء قلنا إلا حملها أم لم نقل، ولو أن رجلاً جامع أمة يظنها زوجته؛ فالحمل الناشئ عن هذا الوطء حر؛ لأن الواطئ حين الوطء يعتقد أن هذه الأمة حرة؛ فيكون الجنين حراً، فإذا باعها سيدها؛ فمعلوم أن المبيع لا يقع على الحمل لأنه حر؛ فهل يصح أم لا يصح؟
يقول المؤلف: فيه وجهان، والصحيح انه يصح، ولكن للمشتري الخيار إذا كان لا يعلم أن الجنين حر؛ لأنه يفوت عليه مصلحة) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين**: (أما قول صاحب المغني فهو أقيس ذلك لأن مدة الحمل مجهولة لا يعرف متى تضع الحمل يمكن خلال شهرين أقل أو أكثر ولكن يظهر لي على قول مجد الدين رحمه الله بالصحة يحمل على المعتاد فلو تم للحمل تسعة أشهر ولم تضع فإنه يكون سكناها بأجرة أو تخرج) ا.هـ

(٥) «منتهى الغاية لشرح الهداية» هو لأبي البركات عبدالسلام بن عبدالله بن الخضر الحرّاني (ت٦٥٢هـ).

في رواية جعفر بن محمد، وقال في رواية الميموني: ليس له أن يبيعها حتى يبين. فقد يكون مأخذه اشتراط العلم بالمستثنى من المنافع في العقد، وقيل: لأن البيع المطلق يتناول المنافع وهي الآن ملك لغيره؛ فيشبه تفريق الصفقة ولكن أحمد إنما أوجب بيان ذلك؛ لأن تركه تدليس وتغرير، ولم يتعرض للصحة والبطلان[(١)]، وسواء علم بمقدار مدة الإجارة أو لم يعلم. هذا قياس المذهب.

وقد ذكروا أنه لو اشترى صُبرةً من طعام، فبان تحتها دكة، فإن علم بذلك؛ فلا خيار له، وإلا؛ فله الخيار، وعلمه بها يفضي إلى دخوله على جهالة مقدار الصبرة، ولو استثنى بلفظه مقدار ذلك؛ لم يصح[(٢)].

ومنها: لو اشترى أمة مزوجة؛ صح، سواء علم بذلك أو لم يعلم، وتقع منافع البضع مستثناة في هذا العقد حكماً، ولو استثناها في العقد لفظاً؛ لم يصح[(٣)].

---

(١) **ابن عثيمين**: (صحيح وهذا هو الظاهر، ومعنى هذه المسالة أن رجلاً عنده بيت مؤجر لمدة سنة، فباعه على إنسان، والآن هذا البيت فيه منفعة مستثناة للمستأجر لأن حقه سابق على العقد؛ فالأمام أحمد نص على صحة البيع، وهو كذلك، والرواية الثانية عنه يقول: «لا يبع حتى يُبين»؛ فهل هذا يقتضي أن البيع لا يصح، أو يقتضي أنه يجب على البائع أن يبين أن البيت مستأجر؟

والثاني هو المتعين لأجل أن تتفق الروايتان على الصحة، لكن تكون الرواية الثانية مبنية أنه يجب على البائع أن يبين؛ لأنه إذا لم يبين صار في هذا غش؛ لأن المستأجر سيبقى على حقه والمشتري يظن أنه ملك العين بمنافعها من حين العقد، فإذا قدر أنه لم يبين وباعها؛ فهل يكون للمشتري الخيار؟

نعم، له الخيار، بين أن يبقى على شرائه للبيت وتكون الأجرة من حين الشراء للمشتري وبين أن يفسخ العقد) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (فهذا رجل باع على آخر كومة من الطعام بالف، ثم تبين بعد ذلك أن تحتها دكة، وهذا على سبيل التمثيل، وإلا؛ فقد يكون تحتها أكياس من الرمل أو حجر كبير أو نحو ذلك للغش؛ فيقول المؤلف: إن له الخيار؛ إلا إن علم بالغش؛ فلا خيار له.

وقوله: «لو استثنى بلفظه مقدار ذلك» معناه: لو بعتك هذه الصبرة إلا مقدار دكة؛ فإن ذلك لا يصح، ولو قلت: إن الدكة طولها كذا وعرضها كذا وارتفاعها كذا لأن هذا المستثنى معلوم، واستثناء المعلوم من المجهول يصيره مجهولاً، ولكن الصواب صحة البيع) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (هذا رجل عنده أمة وقد زوجها لرجل فباعها على شخص آخر؛ فإن العقد يصح، فمنافع البضع للزوج؛ لأن حقه سابق والمشتري لا ينتفع في البضع، ومثل هذا البيع يصح، ولكن لو استثنى هذا باللفظ بأن قال: بعتك هذه الأمة على أن يكون استمتاعي أنا في البضع والباقي لك فإن هذا لا يجوز؛ فالأول استثناء حكمي، والثاني استثناء لفظي؛ فصار الاستثناء الحكمي أقوى من الاستثناء اللفظي.

وقوله: «سواء علم أم لم يعلم» من جهة صحة العقد لا من جهة الخيار أي: المشتري، وهذا لا يؤثر على صحة العقد، أي علم المشتري وعدمه بكونها مزوجة، ولكن إن لم يعلم؛ فإن له الخيار، ولكن العقد صحيح) ا.هـ

ومنها: لو اشترى شجراً وعليه ثمر، أو أرضا فيها زرع، أو داراً فيها طعام كثير؛ صح، ووقع بقاء الثمر والزرع والطعام مستثنى إلى أوان تفريغه على ما جرت به العادة، وذلك مجهول، ولو استثنى بلفظه مثل هذه المدة؛ لم يصح.

ومنها: لو اشترى أمة أو عبداً محرماً؛ صح، ووقع مدة إحرامه مستثنى من البيع، وسواء علم بذلك المشتري أو لم يعلم، نص على ذلك أحمد؛ مع أن مدة الإحرام لا تنضبط، لا سيما بالعمرة فقد يقع الإبطاء في السير لعائق أو غيره، لكن قد يقال: إن المسافة معلومة وأفعال النسك مدة معلومة؛ فصار كاستثناء ظهر الدابة إلى بلد معين[1].

---

(١) **ابن عثيمين:** (هذا بالنسبة للعبد ممكن، ولكن بالنسبة للأمة؛ فإنها قد تحيض أو حامل ويأتيها النفاس وبالتالي يطول مكثها، ولكن الحاصل أن هذه المدد متقاربة والجهل بها مغتفر عند الناس كما لو أردنا بيع بصل يجوز بيع البصل قبل أن يقلع؛ فإن الجهالة فيه يسيرة إذا بيع قبل أن يقلع.

وخلاصة القاعدة المتقدمة: أن الاستثناء الحكمي أقوى من الاستثناء اللفظي، ولذلك يصح الاستثناء الحكمي في مواضع لا يصح فيها الاستثناء اللفظي) ا.هـ

القاعدة الرابعة والثلاثون

استحقاق منافع العبد بعقد لازم يمنع من سريان العتق إليها.

كالاستثناء في العقد، وأولى؛ لأن الاستثناء الحكمي أقوى، ولهذا يصح بيع العين المؤجرة والأمة المزوجة عند من لا يرى استثناء المنافع في العقد، خلافاً للشيخ تقي الدين رحمه الله في قوله: يسري العتق إليها إن لم يستثن.

ويتفرع على هذا مسائل[1]:

---

(١) **ابن عثيمين**: (ذكرنا فيما سبق أن الرجل لو أعتق عبده واستثنى منفعته لمدة سنة؛ فإن هذا جائز، أما هنا؛ فالعبد قد استحقت منافعه بعقد لازم، فأنا مثلاً أجرت عبدي بعقد لازم لزيد لمدة ستة شهور، ثم أعتقه، ومن المعروف أن العبد إذا عتق ملك نفسه؛ فهل نقول: إن هذه المنفعة التي استحقت بعقد لازم مستثناة بمعنى أن المستأجر يملك استخدام هذا العبد في هذا المدة أم لا؟

يقول المؤلف: إن استحقاق منافع العبد بعقد لازم يمنع من سريان العتق إليها؛ لأن المنفعة في هذه المدة لم تحرر، وهي مملوكة للمستأجر وذلك لأن الاستثناء الحكمي أقوى، فأنا مثلا لما أجرت العبد سنة وتبدأ هذه السنة في رمضان ثم اعتقته في شوال، فبقي من خدمته للمستأجر أحد عشر شهراً؛ فهل نقول: إنه يخدمه في هذه المدة الباقية أو لا؟ يخدمه؛ لأن هذه المدة مستثناة حكماً؛ لأن العقد وقع على عبد مستحق المنافع للمستأجر.

وقوله: «ولهذا يصح بيع العين المؤجرة إلخ»؛ فأنا لي بيت وأجرته فلاناً لمدة عشر سنوات، ثم بعته على فلان آخر؛ فإن العقد يصح، وفي هذه المدة الذي ينتفع بالبيت هو المستأجر، فلو بعت هذا البيت واستثنيت سكناه عشر سنوات؛ فإن من العلماء من يقول: هذا ليس بجائز، ويجوز المسألة الأولى؛ لأن الاستثناء الحكمي أقوى من الاستثناء اللفظي، وقولنا: الاستثناء الحكمي أي أن منافع هذا البيت مستثناة حكماً بمقتضى عقد الإجارة، أما الاستثناء اللفظي بأن أقول: بعتك هذا البيت واستثنيت سكناه لمدة عشر سنوات؛ فإن لم يعلم المشتري بالإجارة؛ فيقال له: إن لك الخيار، فإن شئت أن تبقى على العقد ولك الأجرة من حين العقد، وإن شئت فسخت العقد، وإن شئت بقيت والأجرة للبائع، وهذا صحيح ولكن لا يلزمه فأمامه ثلاثة خيارات أن يبقى العقد وتكون الأجرة للبائع أن يبقى العقد والأجرة للمشتري أن يفسخ العقد، وهكذا الأمة المزوجة إذا بيعت؛ فالبضع الذي ينتفع به الزوج، وهذا الاستثناء حكمي، وحق الزوج سابق على حق المشتري، والبيع يصح، وإن لم يكن البائع قد علم بزواجها؛ فإن له الخيار: إن شاء أن يبقى على عقده أبقى عليه، وإن شاء فسخه، وهنا؛ فإن اختار أن يبقى العقد فيستخدمها في غير الوطء ويكون أولادها عبيداً للمشتري ولو كان زوجها حراً، فلو تزوج حر مملوكة أو أمةً؛ صار أولاده منها أرقاء لمالكها، ولهذا حرم الله عز وجل علينا الزواج من الإماء، والحكمة في ذلك أنه إذا تزوج أمة صار أولاده أرقاء، قال الإمام أحمد: إذا تزوج الحر أمة؛ رق نصفه، أي صار نصفه رقيقاً؛ لأن أولاده يصبحوا رقيقاً، والحاصل أن الأمة المزوجة إذا اشتراها أحد وهو لم يعلم بزواجها؛ فإنها تبقى على زوجها بحق الاستمتاع ويكون الاستمتاع بالوطء منها مستثنى حكماً، ويبقى للمشتري الخدمة والأولاد، ولو قال المشتري: لا أمنع من استمتاع الزوج ولكن أريد الاستمتاع

=

منها: إذا عتقت الأمة المزوجة لم تملك منفعة البضع التي هي مورد النكاح، وإنما يثبت لها الخيار تحت العبد؛ لأنها كملت تحت ناقص فزالت كفاءته بذلك، أو تعبداً غير معقول المعنى، ومن قال بسراية العتق؛ قال: قد ملكت بضعها، فلم يبق لأحد عليها ملك؛ فصار الخيار لها في المقام مع الزوج أو مفارقته، سواء كان حراً أو عبداً[1]، وعلى هذا لو استثنى منفعة بضعها للزوج؛ صح، ولم تملك الخيار، سواء كان زوجها حراً أو عبداً، ذكره الشيخ وقال: هو مقتضى المذهب.

كذلك بها أي بالوطء وهي ملك يميني؛ فهو يستمتع بها بطريق الزوجية، وأنا استمتع بها بطريق ملك اليمين؛ قيل له: البضع ليس لك، ولم تملكه؛ فإنه مستثنى من البيع حكماً، وهو للزوج، ولهذا لا يمكن أن تكون امرأة لاثنين في آن واحد، بل إن المالك لو أراد أن يستحل بضع مملوكته بطريق الزواج وهو لم يعتقها، فأتى بالمأذون والشهود وأعلن النكاح ونحو ذلك؛ نقول: هذا غير جائز، فلو قال: زوجت نفسي مملوكتي؛ قيل: هذا لا يصح؛ لأنه لا يمكن أن يرد عقد الزواج على الملكية؛ فالملك أقوى، وهل يرد الملك على الزوجية؟ لا يمكن أن يشتري الرجل زوجته التي هي أمة، ولكن إذا اشتراها انفسخ النكاح وصارت تحل له بملك اليمين لا بعقد النكاح؛ لأن ملك اليمين أقوى، والأقوى يرد على الأضعف، ولا عكس، ولهذا لا يتزوج الإنسان مملوكته ولكنه يملك زوجته.

يجوز للإنسان أن يزوج نفسه امرأة مثل إنسان خطب ابنة عمه لنفسه وليس لها ولي غيره وصيغة العقد أن يقول زوجت نفسي ابنة عمي، إذاً التقاء الإيجاب والقبول في صيغة واحدة وهي متضمنة للإيجاب والقبول يدلنا على أن عقد النكاح لا يشترط به لفظاً معين أما لفظ وهبتك ابنتي فإنه معناه أنه بدون عوض ولا أي شيء يختلف عن باقي الألفاظ ولا أحد يستحل له أن يتزوج بلا عوض وبدون ولي إلا رسول الله عليه الصلاة والسلام.

وقوله: «للشيخ تقي الدين» هو شيخ الإسلام ابن تيمية، وهو جد ابن رجب من جهة العلم لا من جهة النسب؛ فابن رجب تلميذ ابن القيم، وابن القيم تلميذ شيخ الإسلام ابن تيمية.

وقوله: «خلافاً للشيخ إلخ»؛ أي: إن الشيخ رحمه الله يقول: إذا أعتق الإنسان العبد؛ فإن العتق يسري إلى الذات والمنافع إلا باستثناء لفظي) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين:** (معنى المسألة: إذا عتقت الأمة تحت زوج؛ فهل لها الخيار أم لا؛ كقصة بريرة ومغيث، ولذلك لم تختره هي وإن كان متعلقاً بها جداً، وإنما جعل لها الخيار، لماذا؟ هل نقول: لأنها ملكت بضعها؟

إذا قلنا: إن هذه هي العلة؛ فإنه يكون لها الخيار، سواء كان زوجها عبداً أو حراً، أو لأنها لما كملت وهو عبد صارت أعلى منه ففقدت الكفاءة بينها وبينه؛ فهو غير كفء لها؛ لأنه عبد وهي حرة، فكان لها الخيار لأجل هذا، والمسألة فيها خلاف.

والخلاصة أنه إذا استحقت منافع العبد بعقد قبل العتق، فإن العتق لا يسري إليها بل تبقى المنفعة على ما هي عليه فهل تزول هذه المنافع وتنفسخ؟

المذهب لا تزول، بل تبقى على ما هي عليه، ومثاله أن يعتق الرجل عبده الذي آجره لمدة سنة؛ فيقول: العتق نافذ والمنفعة المستحقة للأجير ليس عليها عتق؛ فتبقى حتى تتم المدة والقول الثاني يقول شيخ الإسلام: إنها تنفسخ ما لم يستثنها بالعقد. والراجح عندي المذهب) ا.هـ

ويرد على هذا القول بملكها بضعها: أنه يلزم منه انفساخ نكاحها؛ حيث لم يبق للزوج ملك عليها ولا قائل بذلك، على أنه يمكن أن يقال: عتق بضعها لا يلزم منه ثبوت الخيار لها على الحر؛ لأن حرية البضع لا تنافي ثبوت استحقاق منفعته بعقد النكاح ابتداءً؛ فالحرية الطارئة به أولى.

ومنها: لو أجر عبده مدة ثم أعتقه في أثنائها؛ لم تنفسخ الإجارة على المذهب، وعند الشيخ تقي الدين تنفسخ؛ إلى أن يستثنيها في العتق.

وخرج صاحب «المقنع» ذلك وجهاً لنا لا بناءً على السراية، بل بناءً على زوال ولاية السيد عن عبده بعتقه؛ فيكون كما لو أجر الولي الصبي مدة ثم بلغ في أثنائها؛ فإنه ينفسخ في وجه، وهو ضعيف؛ فإن الولي تنقطع ولايته بالكلية عن الصبي ببلوغه رشيداً، بخلاف السيد؛ فإن له استثناء منافعه بالشرط، والاستثناء الحكمي أقوى كما تقدم.

ومنها: لو أعتق الورثة العبد الموصى بمنافعه؛ صح، ولم يسر إلى المنافع.

القاعدة الخامسة والثلاثون

من ملك منفعة عين بعقد، ثم ملك العين بسبب آخر؛ هل ينفسخ العقد الأول أم لا؟

ها هنا صورتان:

إحداهما: أن يكون العقد الذي ملك به المنفعة عقدا مؤبدا، فإن لم يكن عقد معاوضة؛ فلا معنى لانفساخه؛ كالموصى له بمنافع الأمة إذا اشتراها؛ فإنه يجتمع له ملكها بالعقدين، ولا ضرر في ذلك؛ فهو كما لو كان ملكه للمنفعة بغير عقد؛ كملك الورثة لمنافع العين الموصى برقبة عينها إذا اشتروا العين من الموصى له، وإن كان عقد معاوضة وهو النكاح انفسخ بملك الرقبة؛ لأنه ملك ضعيف ومختلف في مورده؛ هل هو المنفعة أو الانتفاع؟ ويختص بمنفعة البضع ويملك به الاستمتاع بنفسه دون المعاوضة عليه؛ فلا يجتمع مع الملك القوي وهو ملك الرقبة، بل يندفع به، ولا نقول: إنه يدخل مكله في ملك الرقبة؛ لأن مالك الرقبة لم يكن مالكا له؛ فكيف يتضمن عقده على الرقبة ملكه؟ بل نقول: إنه قد اجتمع له ملك الرقبة بجميع منافعها بجهة، وملك البضع ملكاً بجهة أخرى ضعيفة؛ فبطلت خصوصيات الجهة الضعيفة كلها لمصيره مالكاً للجميع ملكاً تاما، وهذا صحيح؛ فإنه لا يمكن بعد هذا الملك أن يقال: إنه يملك الانتفاع بالبضع دون منفعته، ولا أنه يملك الانتفاع به بنفسه دون المعاوضة عليه؛ فتعين إلغاء خصوصيات عقد النكاح كلها[1].

والصورة الثانية: أن يكون العقد المملوك به المنفعة غير مؤبد؛ كالإجارة، فإذا ملك العين بعد ذلك؛ فهل ينفسخ؟

---

(١) **ابن عثيمين:** (رجل تزوج أمة؛ فهو يملك بضعها، ولكنه يملك الانتفاع لا النفع، والفرق بينهما أن الذي يملك النفع يمكن أن يستوفيه بنفسه وبغيره، وأما الذي يملك الانتفاع؛ يستوفيه بنفسه دون غيره وهنا الزوج يملك منفعة البضع لكن يملك الانتفاع به إذ لا يمكن أن يؤجر زوجته لغيره، بخلاف الذي استأجر بيتاً؛ فإنه يملك النفع فيؤجره إلى غيره، وهذا الرجل الذي تزوج الأمة؛ هل يجوز له ذلك؟

نعم، بشرطين، فإذا اشتراها من سيدها؛ هل ينفسخ النكاح أو لا؟

يقول المؤلف: إنه ينفسخ النكاح، وعلى هذا؛ فيكون وطؤه إياها بغير عقد البيع وطء ملك يمين، فإذا حملت منه صارت أم ولد، ولكن لو قلنا: يبقى النكاح؛ صار وطؤه إياها بعد الشراء وطء زواج، فيكون الولد مملوكاً ولا تكون أم ولد، ويبطل النكاح بالشراء؛ لأن الشراء أقوى من النكاح، فمالك الأمة يملك كل منافعها، وكل الانتفاع بها؛ فالملك أقوى من النكاح، وإذا ورد الأقوى على الأضعف؛ زال حكم الأضعف) ا.هـ

فيه وجهان، ويندرج تحت ذلك صور:

منها: لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها؛ ففي انفساخ الإجارة وجهان حكاهما الأصحاب، وربما حكي روايتان:

أحدهما: ينفسخ؛ لأنه ملك الرقبة، فبطل ملك المنفعة كما لو اشترى زوجته.

والثاني: لا ينفسخ، وهو الصحيح، وهو اختيار القاضي[١] وابن عقيل والأكثرين؛ لأن المنافع ملكها أولا بجهة الإجارة وخرجت عن ملك المؤجر، والبيع بعد ذلك يقع على ما يملكه البائع، وهو العين المسلوبة النفع؛ فصار كما لو اشترى العين الموصى بمنافعها من الورثة، واستأجر المنافع من مالكها في عقد أو عقدين؛ فإن الإجارة لا تنفسخ بغير خلاف ولا منافاة بين ثبوت البيع والإجارة، بخلاف النكاح.

وأيضاً؛ فالملك ها هنا أقوى من ملك النكاح؛ لأنه يملك به الانتفاع والمعاوضة، ويملك به عموم المنافع؛ فلا تنفسخ بملك الرقبة[٢]، فإن قيل: لو لم تنفسخ الإجارة؛ لعادت المنافع بعد انقضاء مدتها إلى المؤجر؛ لأنها لم تدخل في عقد البيع، وإنما استأجرها مدة مؤقتة، بخلاف الزوج؛ لأنه ملك المنفعة ملكاً مؤبداً.

فالجواب: أن البائع باع ما يملكه من العين ومنافعها التي يستحقها بعد انقضاء مدة الإجارة؛ فإنه يملك العقد على المنافع التي تلي العقد والتي تتأخر عنه بالإجارة عندنا؛ فبالبيع أولى، أما إن كان الاستئجار من غير البائع، وكان مالكاً للمنافع مؤبدة؛ فالإجارة باقية، وتعود إليه بعد انقضاء المدة بغير تردد، ولو ملك المستأجر العين بهبة؛ فهو كما لو ملكها بشراء، صرح به الشيخ مجد الدين في «مسودته على الهداية»، فأما إن وهب العين المستعارة من المستعير؛ فإنه تبطل العارية.

---

(١) **ابن عثيمين**: (القاضي أبو يعلى) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (إذا ورد عقد على عقد؛ فهل يبطله أم لا؟

سبق التفصيل في ذلك، أما الصورة الثانية إذا كان العقد المملوك به المنفعة غير مؤبد كالإجارة، فمثاله: آجرت فلانا هذا البيت لمدة سنة، وبعد مضي شهرين اشتريت البيت منه؛ فقد ورد الآن عقد على عقد لأن المشتري يملك العين والمنفعة، فصارت المنفعة الآن مستحقة للمشتري بعقد الإجارة السابق وبعقد البيع اللاحق؛ فهل تبطل الإجارة السابقة أو لا تبطل؟ فيه خلاف ولكن ما الذي يترتب على الخلاف؟

إذا قلنا: إنها تنفسخ؛ فإن المشتري يرجع على البائع بأجرة بقية المدة، وإذا قلنا: إنها لا تنفسخ؛ فإنه لا يرجع عليه بشيء) ا.هـ

وذكره القاضي وابن عقيل؛ لأنه عقد غير لازم.

ومنها: لو استأجر داراً من أبيه، ثم مات الأب فورثها؛ فهل تنفسخ الإجارة؟

فيه وجهان أيضاً، وخرجهما صاحب «التلخيص» من المسألة التي قبلها، والمذهب عند القاضي في «الخلاف»: أنه لا ينفسخ؛ كشراء المستأجر، وقال في «المجرد»: ينفسخ. وتوجه بأن الملك بالإرث قهري يقتضي تملك مالاً يتملك مثله بالعقود؛ فجاز أن يملك به المنافع المستأجرة من مستأجرها، فتنفسخ الإجارة.

وأيضاً؛ فقد ينبني هذا على أن المنافع المستأجرة هل تحدث على ملك المؤجر ثم تنتقل إلى ملك المستأجر؟ فإن قلنا بذلك؛ فلا معنى لحدوثها على ملكه وانتقالها إليه، هذا إذا كان ثم وارث سواه؛ لأن فائدة بقاء الإجارة استحقاق بقية الأجرة، فإذا لم يكن وارث سواه؛ فلا معنى لاستحقاقه العوض على نفسه؛ إلا أن يكون على أبيه دين لغيره، وقد مات مفلساً بعد أن أسلفه الأجرة[1].

ومنها: لو اشترى طلعاً لم يؤبر في رؤوس نخله بشرط قطعه، ثم اشترى أصله في الحال؛ فهل يتخرج انفساخ البيع في الطلع على ما مر من الوجهين؛ لأنه بمنزلة المنفعة لتبعه في البيع، أم لا لأنه عين مستقلة؟

فيه تردد، والمجزوم به في «الكافي»: أنه لا ينفسخ بغير خلاف[2].

---

(١) **ابن عثيمين**: (يعني: أنه إذا كان ليس له وارث سوى ابنه الذي ورثها بعد أبيه، وقد استأجرها من أبيه؛ فسواء قلنا تنفسخ الإجارة أو لا تنفسخ؛ فإنه يعود إليه، فلا معنى لقولنا تنفسخ ثم يستحق العوض من التركة؛ لأنه ليس له وارث سواه؛ إلا إذا كان على أبيه دين؛ فهنا يصبح هناك فائدة، وهو أنه إذا قلنا: إنها لا تنفسخ؛ ألزمنا الابن بالأجرة ليسلمها إلى صاحب الدين، وفي هذه الحال نقول: لا يرد ميراثه إلا بعد قضاء الدين؛ فالذي يظهر أنه إذا لم يكن هناك وارث سواه؛ فليس هناك فائدة في الخلاف في الفسخ) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (هل يلزم في هذه الحال أن يقطعه أم لا؟

أي: لو اشترى لرجل عشراً على رؤوس النخل مثل أن يبدو صلاحة؛ فإن هذا جائز بشرط القطع، ولكن بعد شرائه للثمر بشرط القطع اشترى أصوله؛ فهل يلزمه القطع أو لا يلزمه؟

فإذا قلنا: إن البيع ينفسخ؛ فإنه لا يلزمه القطع، وإذا قلنا بعدم الفسخ؛ فهل يلزمه القطع؟

يقول المقطوع به في «الكافي»: إنه لا ينفسخ فيبقى على ما هو عليه، ويكون ملكاً للمشتري بمقتضى العقد الأول لأنها عين مستقلة سبقت ملكيتها على ملكية الأصل، وعليه يبقى البيع على حاله، ولو أصيب بجائحة؛ فإنه يرجع على البائع، ويلزمه القطع على القول بعدم فسخ البيع) ا.هـ

القاعدة السادسة والثلاثون

من استأجر عينا ممن له ولاية الإيجار، ثم زالت ولايته قبل انقضاء المدة؛ فهل تنفسخ الإجارة؟

هذا قسمان:

أحدهما: أن تكون إجارته بولاية محضة، فإن كان وكيلاً محضاً؛ فالكلام في موكله دونه؛ وإن كان مستقلاً بالتصرف، فإن انتقلت الولاية إلى غيره؛ لم تنفسخ الإجارة لأن الولي الثاني يقوم مقام الأول كما يقوم المالك الثاني مقام الأول؛ وإن زالت الولاية عن المولى عليه بالكلية؛ كصبي يبلغ بعد إيجاره أو إيجار عقاره والمدة باقية؛ ففي الإنفساخ وجهان:

أشهرهما: وهو قول القاضي وأصحابه؛ لأنه تصرف له تصرفاً لازماً؛ فلا ينفسخ ببلوغه كما لو زوجه أو باع عقاره.

والثاني: ينفسخ، ذكره في «المغني» وجهاً؛ لأنه أجره مدة لا ولاية له عليه فيها بالكلية، فأشبه إجارة البطن الأول للوقف إذا انقرض قبل انقضاء المدة، وفارق البيع؛ لأنه ينبرم في الحال وتنقطع علته.

نعم لو كان بلوغه في مدة الخيار؛ ففيه نظر، وكذلك النكاح ينبرم من حينه، ويستقر المهر فيه بالدخول، بخلاف الإجارة؛ لأن الأجرة تتقسط فيها على المدة ولا يستقر الملك فيها إلا باستيفاء المنافع شيئاً بعد شيء.

وذكر في «المغني» وجهاً آخر: أنه إن أجره مدة يعلم بلوغه فيها قطعاً؛ لم يصح في الزائد، ويخرج الباقي على تفريق الصفقة ونحوه، ذكره صاحب «التلخيص»[1].

---

(١) **ابن عثيمين**: (هذا رجل ولي على يتيم وآجر بيت اليتيم لمدة سنة، فبلغ اليتيم بعد ستة أشهر؛ فهل تنفسخ الإجارة فيما بقي لأن ولاية الرجل على اليتيم قد زالت ببلوغه أو لا تنفسخ؟ فيه وجهان:

وجه: تنفسخ؛ لأن الولاية تمت وزالت.

ووجه: لا تنفسخ؛ لأن الولي آجر هذا البيت على وجه شرعي صحيح، فلا ينفسخ.

وهناك رأي ثالث وسط، وهو إن آجره مدة يعلم بلوغه فيها انفسخت الأجرة فيما بقي، وإن كان لا يعلم؛ فإنها لا تنفسخ، فإذا آجره وهو يعلم أنه بعد ستة أشهر يتم له خمسة عشر سنة وآجره لمدة سنة؛ فإنه يكون آجره مدة يعلم

=

والقسم الثاني: أن تكون إجارته بملك ثم تنتقل إلى غيره، وهو أنواع:

أحدها: أن تنتقل عنه إلى من يملك بالقهر ما يستولي عليه؛ فتنفسخ الإجارة لملكه المنافع الباقية منها، ودخل تحت هذا إذا أجر مسلم شيئا ثم استولى عليه الكفار، وإذا أجر الحربي شيئاً لحربي ثم استولى عليه المسلمون أما إن أجر الحربي شيئاً لمسلم أو ذمي ثم استولى عليه المسلمون؛ فالإجارة باقية لأن المنافع ملك لمعصوم؛ فلا تملك[(١)].

وثانيها: أن ينتقل الملك إلى من يخلفه في ماله ويقوم مقامه ويبقى الملك عنه؛ فلا اعتراض له على عقوده، بل هو منفذ لها، وذلك كالوارث والمشتري والمتهب والموصى له بالعين والزوجة إذا أخذت العين صداقاً أو أخذه الزوج منها عوضاً عن خلع أو صلحاً أو غير ذلك[(٢)].

وثالثها: أن يكون مزاحماً للأول في الاستحقاق ومتلقيا للملك عمن تلقاه الأول، لكن لا حق له في العين إلا بعد انتهاء استحقاقه؛ كالبطن الثاني من أهل الوقف إذا أجر البطن الأول ثم انقرض والإجارة قائمة.

وفي المسألة وجهان:

أحدهما: وهو ما قال القاضي في «المجرد» أنه قياس المذهب: إنه لا ينفسخ؛ لأن الثاني لا حق له في العين إلا بعده؛ فهو كالوارث.

بلوغه فيها؛ فتصح الإجارة في السنة الأولى، وتنفسخ في السنة الباقية، أما لو كان له من العمر ثلاث عشرة سنة؛ فإنه يعلم أنه لن يبلغ في هذه المدة بالسن لكن يمكن أن يبلغ بالاحتلام واحتلم في هذه السنة؛ ففي هذه الحال نقول: لا تنفسخ؛ لأن الرجل آجره مدة يرى أن له فيها الولاية، وهذا القول الأخير الذي فيه التفصيل هو الصحيح.
فصار في المسألة ثلاثة أقوال: الفسخ مطلقاً، وعدمه مطلقاً، والثالث: إن علم أنه يبلغ أثناء المدة؛ انفسخت الإجارة فيما بقي، وإلا؛ فلا) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين**: (إذا انتقل ملك مستأجر على وجه قهري؛ انفسخت الإجارة، مثاله: استأجر إنسان هذا البيت من مسلم لمدة سنتين، ولما تمت سنة استولى الكفار على هذا البيت، وحين ذلك يكونون قد ملكوه ملكاً قهرياً؛ فتنفسخ الإجارة، ومثله: إذا آجر حربي حربياً، ثم استولى عليه المسلمون؛ فإن الإجارة تنفسخ) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (حكم هذا أن الثاني يقوم مقام الأول، ولا يعترض عليه، فإذا آجر المورث بيته قبل موته المدة سنتين، ثم مات بعد أن آجره بعد سنة؛ فإن الملك ينتقل إلى الوارث والوارث منفذ لتصرفات الموروث؛ فيبقى الأمر على ما هو عليه، فتبقى المنافع مملوكة للمستأجر؛ لأن الوارث خلف الموروث في ملكه، فهو منفذ لما عقده المالك الأول) ا.هـ

والثاني: وهو المذهب الصحيح، وبه جزم القاضي في «خلافه»، وقال: إنه ظاهر كلام أحمد وابنه أبو الحسين وحكياه عن أبي إسحاق بن شاقلا، واختاره ابن عقيل وغيره: أنه ينفسخ؛ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بجميع منافعها تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى؛ فلا حق للأولى فيه بعد انقراضهم، بخلاف الورثة؛ فإنهم لا يتلقون عن موروثهم إلا ما خلفه في ملكه من الأموال ولم يخلف هذه المنافع، وحق المالك لم ينقطع عسن ميراثه بالكلية، بل آثاره باقية، ولذلك تقضى ديونه وتنفذ وصاياه من التركة، وهي ملكه على قول إلى أن تقضى ديونه؛ فكيف يعترض عليه في تصرفاته بنفسه؟!

وأيضاً؛ فهو كان يملك التصرف في ماله على التأبيد بوقف عقاره والوصية به وبما يحمل شجرة أبداً، والموقوف عليه بخلافه في ذلك كله.

وخرج صاحب «المغني» وجهاً آخر ببطلان العقد من أصله بناء على تفريق الصفقة كما سبق، لكن الأجرة إن كانت مقسطة على أشهر مدة الإجارة أو أعوامها؛ فهي صفقات متعددة على أصح الوجهين؛ فلا تبطل جميعاً ببطلان بعضها، وإن لم تكن مقسطة؛ فهي صفقة واحدة، فيطرد فيها الخلاف المذكور.

واعلم أن في ثبوت الوجه الأول نظراً؛ لأن القاضي إنما فرضه فيما إذا أجر الموقوف عليه لكون النظر له مشروطا، وهذا محل تردد أعني: إذا أجر بمقتضى النظر المشروط له؛ هل يلحق بالناظر العام فلا ينفسخ بموته الإجارات أم لا؟ فإن من أصحابنا المتأخرين من ألحقه بالناظر العام في ذلك، وهكذا حكم المقطع إذا أجر إقطاعه ثم انتقلت عنه إلى غيره بإقطاع أحد[1].

---

(١) **ابن عثيمين:** (المعنى للمسألة الثالثة هو أن يكون الثاني مزاحما للأول في الاستحقاق، لكن استحقاقه لا يكون إلا بعد زوال الأول، مثل أن يكون هذا البيت وقفا بأن يقول الواقف: هذا البيت وقف على ذريتي، ثم على ذريتهم؛ فالذرية الأخيرة مشاركة للأولى في الوقف، ولكنها لا تستحق شيئاً مع وجود الأولى، مع أنها مشاركة للأولى، ولهذا لا تتمكن الأولى من التصرف بالوقف كيف تشاء، وهنا آجر البطن الأول البيت لمدة عشر سنوات ثم ماتوا بعد مضي خمس سنوات، فلم يبق من البطن الأول أحد؛ فهل تنفسخ الإجارة أو لا؟

فيه وجهان؛ فمنهم من قال: لا تنفسخ؛ لأن الأولين آجروا حين آجروا ولهم حق التأجير، ومنهم من قال: إنها تنفسخ؛ لأنه ليس لهم حق في هذا الموقوف عليهم إلا مدة وجودهم، وبعد ذلك يتلقاه البطن الثاني عن الواقف الأول فتنفسخ، وهذه المسألة فيها قولان بالمذهب ولكن المتأخرين يقولون: إن كان الناظر قد شرط له النظر أو كانت =

ورابعها: أن يكون مزاحماً للأول في استحقاق التلقي عمن تلقى عنه الأول بسبق حقه وتقديمه عليه، وهو المشتري للشقص المشفوع إذا أجر، وقلنا بصحة تصرفاته بالإجارة وغيرها ثم انتزعه الشفيع، وفيه ثلاثة أوجه[1]:

أحدها: وهو ما ذكره صاحب «المقنع»: لا تنفسخ الإجارة؛ لأن ملك المؤجر ثابت، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذه؛ لأنه يستحق انتزاع العين والمنفعة، فإذا فات أحدهما؛ رجع إلى بدله وهو الأجرة ها هنا، كما نقول في الوقف إذا انتقل إلى البطن الثاني ولم تنفسخ إجارته: إنهم يستحقون الأجرة من يوم الانتقال.

وكذلك نص أحمد في رواية جعفر بن محمد على مثل ذلك في بيع العين المؤجرة، وأن المشتري يستحق الأجرة من حين البيع، وهو مشكل؛ لأن المنافع في مدة الإجارة غير مملوكة للبائع؛ فلا تدخل في عقد البيع.

ولايته بالنظر العام؛ فإنها لا تنفسخ، وإن كان نظره باستحقاقه؛ فإنها تنفسخ الناظر هو القائم على الوقف، فالذي يتصرف في الوقف إما ناظر عام وإما ناظر مشروط له النظر، وإما ناظر بأصل الاستحقاق؛ فالناظر بالنظر العام هو القاضي، وهذا إذا أجر؛ لم تنفسخ إجارته بموته أو زوال ولايته؛ لأن نظره عام، والثاني الناظر بالشرط بأن يقول الواقف هذا وقف على ذريتي والناظر عليهم فلان وهذا أيضا إذا آجر لم تنفسخ الإجارة بموته؛ لأنه آجر بمقتضى شرط الواقف، فقام مقامه، والثالث الناظر بأصل الاستحقاق، وهم الموقوف عليهم، وهم لهم النظر إذا لم يكن هنا إلا ناظر مشروط؛ فله النظر بأصل الاستحقاق، فإذا قلت: هذا وقف على فلان؛ ففلان هو الناظر إذا لم تحدد ناظرا انت أيها الواقف.

والخلاصة أن الموقوف عليهم إذا آجروا الوقف ثم انقرضوا قبل تمام المدة؛ فهل تنفسخ الإجارة أم لا؟ فيها قولان، المذهب أنه إذا كان المؤجر الناظر العام أو كان ناظراً بالشرط؛ فإنها لا تنفسخ لأن المؤجر قائم مقام الواقف، وأما إذا كان المؤجر هو الموقوف عليه بأصل الاستحقاق لا بالشرط؛ فإن الإجارة تنفسخ، هذا هو تحرير المذهب في هذه المسالة، مع أن المحاكم الآن عملها على أن الإجارة لا تنفسخ مطلقاً.
النظر يقتضي أن هذا المؤجر ليس له حق إلا ما دام حياً فقط، فإذا مات انتقلت المنفعة إلى الموقوف عليه الثاني وانفسخت الإجارة) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين**: (فهذه أرض بين اثنين (ناصر وآخر) نصفين، فباع واحد منهما نصفه على آخر؛ فهذا النصف الذي باعه هو الشقص المشفوع، وليكن المباع له عبدالرحمن، وعبدالرحمن أجره إلى ياسر، وناصر هنا شفع على عبدالرحمن؛ أي: انتزع ما باعه شريكه من يد عبدالرحمن؛ لأن الشريك إذا باع فلشريكه أن يشفع، وهنا أخذ ناصر بالشفعة لياسر، فقال لياسر: ارفع يدك عن الأرض، فقال ياسر: لكني أنا مستأجر لمدة سنة، فقال له: إن الملك انتقل من عبدالرحمن إلي، وأنا لا أرض بالإجارة؛ فهذه هي المسالة، يقول المصنف: فيها ثلاثة أوجه) ا.هـ

ويجاب عنه: بأن البائع يملك عوضها، وهو الأجرة، ولم يستقر بعد، ولو انفسخ العقد؛ لرجعت المنافع إليه، فإذا باع العين ولم يستثن شيئا؛ لم تكن تلك المنافع ولا عوضها مستحقاً له؛ لشمول البيع للعين ومنافعها، فيقوم المشتري مقام البائع فيما كان يستحقه منها، وهو استحقاق عوض المنافع مع بقاء الإجارة وفي رجوعها إليه مع الانفساخ.

وهذا هو أحد الوجهين للأصحاب، وهو مثال نص أحمد المذكور أولاً، وما ذكرناه قبل ذلك من رجوع المنافع إلى البائع عند الانفساخ هو الذي ذكره صاحب «المغني».

والثاني: أنه تنفسخ الإجارة بأخذه، وهو المجزوم به في «المحرر»؛ لما قلنا من ثبوت حقه في العين والمنفعة، فيملك انتزاع كل منهما ممن هو في يده وفارق إجارة الوقف على وجه؛ لأن البطن الثاني لا حق لهم قبل انقراض الأول، وهنا حق الشفيع ثابت قبل إيجار المشتري، فينفسخ بأخذه لسبق حقه، ولهذا قلنا على رواية: أن تصرف المشتري في مدة الخيار مراعى، فإن فسخ البائع؛ بطل.

وأيضاً؛ فلو لم تنفسخ الإجارة لوجب ضمان المنافع على المشتري بأجرة المثل لا بالمسمى لأنه ضمان حيلولة، كما قلنا في أحد الوجهين إذا أعتق عبده المستأجر لزمه ضمان قيمة منافعه فيما بقي من المدة.

والثالث: أن الشفيع بالخيار بين أن يفسخ الإجارة أو يتركها، وهو ظاهر كلام القاضي في «خلافه» في مسألة إعارة العارية، وهو أظهر؛ فإن الإجارة بيع المنافع، ولو باع المشتري العين أو بعضها؛ كان الشفيع مخيراً بين الأخذ ممن هي في يده وبين الفسخ؛ ليأخذ من المشتري[1].

---

(١) **ابن عثيمين**: (القضية هي أن الرجل إذا باع نصيبه من الملك المشترك؛ فلشريكه أن يشفع، أي يأخذه من المشتري بثمنه، لكن المشتري قبل أن يشفع صاحبه آجر هذا الذي اشتراه، فلو كان طلال وياسر شريكين في بيت، فباع طلال على محمد نصيبه من البيت؛فلياسر أن يشفع فيأخذ الشقص المباع من محمد، ولكن محمد آجر نصيبه الذي اشتراه قبل أن يشفع، ثم شفع ياسر؛ فهل تنفسخ الإجارة أم لا؟ فيها ثلاثة أقول:
قول: إنها تنفسخ.
وقول: لا تنفسخ.
وقول: إن الشفيع له الخيار: إن شاء فسخ، وإن شاء أبقى، وقال المصنف: إنه الأظهر وهو الراجح) ا.هـ

وخامسها: أن ينفسخ ملك المؤجر ويعود إلى من انتقل الملك إليه منه؛ فالمعروف من المذهب أن الإجارة لا تنفسخ بذلك؛ لأن فسخ العقد رفع له من حينه لا من أصله.

وصرح أبو بكر في «التنبيه» بانفساخ النكاح لو أنكحها المشتري ثم ردها بعيب؛ بناء على أن الفسخ رفع للعقد من أصله.

وقال القاضي وابن عقيل في «خلافيهما»: الفسخ بالعيب رفع للعقد من حينه، والفسخ بالخيار رفع للعقد له من أصله؛ لأن الخيار يمنع اللزوم بالكلية، ولهذا يمنع معه من التصرف في المبيع وثمنه، بخلاف العيب[1].

(١) **ابن عثيمين**: (لو بعت هذا البيت عليك بمئة ألف، ثم أجرته إلى زيد، وبعد أن أجرته تبين أن في البيت عيبا فرددته إلي؛ فهل تنفسخ إجارة زيد أو لا؟

المعروف كما قال المصنف من المذهب أن الإجارة لا تنفسخ، وهذا هو الراجح إذا كان بعيب، أما إذا كان بشرط؛ فإنها تنفسخ لأن الفسخ بالشرط رفع للعقد من أصله، والفسخ بالعيب رفع للعقد من حين الفسخ) ا.هـ

القاعدة السابعة والثلاثون

في توارد العقود المختلفة بعضها على بعض وتداخل أحكامها.

ويندرج تحتها صور:

منها: إذا رهنه شيئاً ثم أذن له في الانتفاع به؛ فهل يصير عارية حالة الانتفاع أم لا؟

قال القاضي في «خلافه» وابن عقيل في «نظرياته» وصاحب «المغني» و«التلخيص»: يصير مضمونا بالانتفاع؛ لأن ذلك حقيقة العارية.

وأورد ابن عقيل في «نظرياته» في وقت ضمانه احتمالين:

أحدهما: أنه لا يصير مضموناً بدون الانتفاع.

والثاني: يصير مضموناً بمجرد القبض إذا قبضه على هذا الشرط؛ لأنه صار ممسكاً للعين لمنفعة نفسه منفرداً بها.

وهل يزول لزومه أم لا؟ ينبني على أن إعارة الراهن بإذن المرتهن هل يزيل لزوم الرهن أم لا؟ وفيه طريقتان:

إحداهما: أنه على روايتين، وهي طريقة «المحرر».

والثانية: إن أعاره من المرتهن لم يزل اللزوم بخلاف غيره، وهي طريقة «المغني».

وقال صاحب «المحرر» في«شرح الهداية»: ظاهر كلام أحمد أنه لا يصير مضموناً بحال.

ويشهد له قول أبي بكر في «خلافه»: شرط منفعة الرهن باطل، وهو رهن بحاله[1].

ومنها: إذا أودعه شيئا، ثم أذن له في الانتفاع به؛ فقال القاضي في «خلافه» وابن عقيل في «نظرياته» وصاحب «التلخيص»: يصير مضموناً حالة الانتفاع؛ لمصيره عارية حينئذٍ.

قال ابن عقيل: ولا يضمن بالقبض قبل الانتفاع ها هنا؛ لأنه لم يمسكه لمنفعة نفسه منفردا،

---

(١) **ابن عثيمين:** (يرد عقد العارية على عقد الرهن فهل يزول حكم عقد الرهن أولاً؟ في هذا خلاف كما ذكر المؤلف ولذلك إذا قلنا أنه عارية وقلنا أن العارية مضمونة بكل حال صار هذا المرهون مضمون بكل حال وأما لو قلنا أنه يبقى على كونه رهناً صار لا يضمن إذا تعدى أو فرّط وطريقة المؤلف مثل هل حكى وجهين أو روايتين أو غير ذلك؟ الراجح أنها تنتقل العارية لكن العارية، الصحيحة أنها لا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط) ا.هـ

بل لمنفعته ومنفعة مالكه، بخلاف الرهن.

ومن المتأخرين من قال: ظاهر كلام أحمد أنه لا يصير مضموناً أيضاً؛ كالرهن، وفرق صاحب «المحرر» بينهما.

ولا اختلاف ها هنا بين العقدين في الجواز؛ إلا أن يكون مدة الانتفاع مؤقتة، فيخرج فيها وجه باللزوم من رواية لزوم العارية المؤقتة(١).

ومنها: إذا أعاره شيئاً ليرهنه؛ صح، نص عليه، ونقل ابن المنذر الاتفاق عليه، ويكون مضموناً على الراهن؛ لأنه مستعير وأمانة عند المرتهن عليه.

وأما اللزوم وعدمه؛ فقال الأصحاب: هو لازم بالنسبة إلى الراهن والمالك، لكن للمالك المطالبة بالافتكاك، فإذا انفك؛ زال اللزوم، فيرجع فيه المالك.

واستشكل ذلك الحارثي وقال: إما أن يكون لازماً اعتباراً بحكم العارية، وفي كلام أحمد إيماء إليه، وإما أن يكون لازماً؛ فلا يملك المالك المطالبة بالافتكاك قبل الأجل، وتكون العارية هنا لازمة لتعلق حق الغير وحصول الضرر بالرجوع كما في العارية؛ لبناء حائط ووضع خشب وشبههما. انتهى.

وصرح أبو الخطاب في «انتصاره» بعدم لزومه، وأن للمالك انتزاعه من يد المرتهن؛ فيبطل الرهن(٢).

ومنها: لو أعاره شيئاً ثم رهنه عنده؛ فقال أبو البركات في «الشرح»: قياس المذهب يصح،

---

(١) ابن عثيمين: (أودعه شيئاً وأذن له بالانتفاع فيه؛ فهل يصير مضموناً أو لا يصير؟

مثاله: قلت: خذ هذا الكتاب احفظه لي حتى أعود من السفر، ثم بعد ذلك قلت: إذا أحببت أن تنتفع به؛ فلك ذلك، فلما أذنت لك صار الآن عارية؛ فهل يصير مضموناً بناءً على أن العارية مضمونة، أو لا بناءً على أنه رهن أذن له بالانتفاع به؟

فيه خلاف، والصحيح كما قلنا أولاً: أن العارية لا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط؛ فلا يكون هناك فرق بين الوديعة وبين العارية) ا.هـ

(٢) ابن عثيمين: (جاء إنسان إلي وقال: أنا أخذت من فلان قرضاً وطلب مني رهناً وليس عندي شيء؛ فقلت: خذ هذا الكتاب عارية ارهنه عند فلان؛ فصار الكتاب بالنسبة للراهن عارية وبالنسبة لصاحب الحق رهناً؛ فهذا فيه تداخل عقود؛ لأن هذه العين صارت بالنسبة لواحد رهناً وبالنسبة للآخر عارية، والرهن لازم والعارية غير لازمة؛ فهل العارية لما دخل عليها الرهن هنا تكون لازمة أو لا؟

فيه خلاف، وكلام الحارثي جيد) ا.هـ

ويسقط ضمان العارية؛ لأنها ليست لازمة، وعقد هذه الأمانة لازم. ثم أخذه من كلام الإمام أحمد في ورود عقد الإعارة على الرهن كما سبق.

ويتخرج في هذه المسألة ما في تلك.

ومنها: ورود عقد الرهن على الغصب؛ فيصبح عندنا، ذكره أبو بكر والقاضي، ويبرأ به الغاصب، وكذا لو أودعه عنده أو أعاره إياه أو استأجره لخياطته أو نحوها، ذكره أبو الخطاب وغيره.

وذكر القاضي في «خلافه» فيما إذا استأجره لخياطته ونحوها؛ هل يبرأ به؟ على وجهين.

وذكر هو في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول» في المضاربة: إذا جعل المالك المغصوب مع الغاصب مضاربة؛ صح، ولم يبرأ من ضمانه إلى أن يدفعه ثمناً فيما يشتري به، فيبرأ حينئذ من الضمان، وعلى قول أبي الخطاب يبرأ في الحال.

ومنها: رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه على ثمنه أو غيره إذا قيل بصحته يزول به الضمان على قياس التي قبلها؛ لأنَّ يده صارت يدا ارتهان.

ومنها: لو قال الراهن للمرتهن: إنْ جئتك بحقك إلى وقت كذا، وإلا فالرهن لك بالدين، وقبل ذلك فهو أمانة عنده إلى ذلك الوقت، ثم يصير مضموناً؛ لأنّ قبضه صار بعقد فاسد، ذكره القاضي وابن عقيل.

والمنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحسن بن هارون[1]: أنه لا يضمنه بحال، ذكره القاضي في «الخلاف»؛ لأن الشرط يفسد فيصير وجوده كعدمه[2].

ومنها: لو كاتب المدبر أو دبر المكاتب صحّ، نصّ عليه، ثم إنْ مات السيّد ولم يؤد العبد من الكتابة شيئاً؛ عتق بالتدبير من الثلث، وهل يكون كسبه له كما لو عتق في حياة السيد وهو مكاتب، أو للورثة كعتقه بالتدبير؟

---

(١) هو تلميذ الإمام أحمد بن الحسن بن هارون بن بَدينا (ت٣٠٣هـ) له مسائل عن الإمام أحمد.

(٢) **ابن عثيمين**: (والصحيح أن هذا هو الصحيح كما مرّ أنه إذا رهن شيئاً وقال إن جئتك بحقك بوقت كذا وإلا فالرهن لك) ا.هـ

على وجهين.

وهكذا حكم اجتماع الاستيلاد والكتابة؛ إلا أنّها تعتق من رأس المال.

ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على بطلان التدبير بالكتابة بناءً على أنّ التدبير وصية، فيبطل بالكتابة[1].

(١) **ابن عثيمين**: (التدبير تعليق عتق العبد بموت سيده، والكتابة أن يبيع العبد على نفسه، أي على نفس العبد) ا.هـ

القاعدة الثامنة والثلاثون

فيما إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها؛ فهل يفسد العقد بذلك، أو يجعل كناية عمّا يمكن صحته على ذلك الوجه؟

فيه خلاف يَلْتَفِتُ إلى أنّ المغلب هل هو اللفظ أو المعنى، ويتخرّج على ذلك مسائل:

منها: لو أعاره شيئا وشرط عليه العوض؛ فهل يصح أم لا؟

على وجهين:

أحدهما: يصحّ، ويكون كناية عن القرض؛ فيملكه بالقبض إذا كان مكيلاً أو موزوناً، ذكره أبو الخطاب في «انتصاره».

وكذلك ذكر القاضي في «خلافه» وأبو الخطاب في موضع من «رؤوس المسائل»: أنّه يصح عندنا شرط العوض في العارية كما يصح شرط العوض في الهبة؛ لأنّ العارية هبة منفعة ولا تفسد بذلك، مع أنّ القاضي قرر أن الهبة المشروط فيها العوض ليست بيعاً، وإنّما الهبة تارة تكون تبرعاً وتارة تكون بعوض، وكذلك العتق، ولا يخرّجان عن موضوعها؛ فكذلك العارية، وهذا مأخذ آخر للصحة.

والثاني: إنّها تفسد بذلك، وجعله أبو الخطاب في موضع آخر المذهب؛ لأنّ العوض يخرجها عن موضوعها، وفي «التلخيص»: إذا أعاره عبده على أن يعيره الآخر فرسه؛ فهي إجارة فاسدة غير مضمونة، وهذا رجوع إلى أنّها كناية في عقد آخر، والفساد إما أن يكون لاشتراط عقد في عقد آخر، وإما لعدم تقدير المنفعتين، وعليه خرّجه الحارثي وقال وكذلك لو قال: أعرتك عبدي لتمونه، أو دابتي لتعلّفها، وهذا يرجع إلى أن مؤنة العارية على المالك، وقد صرّح الحُلواني في «التبصرة»[1] بأنها على المستعير[2].

---

(١) «التبصرة في الفقه» كتاب مفقود لابن أبي الفتح عبدالرحمن الحُلواني (ت٥٤٦هـ).

(٢) **ابن عثيمين**: (هذه القاعدة معناها: إذا وصل الإنسان بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها؛ فهل تفسد أو
=

ومنها: لو قال: خُذْ هذا المال مضاربة والربح كلّه لك أو لي؟

فقال القاضي وابن عقيل: هي مضاربة فاسدة يستحق فيها أجرة المثل. وكذلك قال صاحب «المغني»[(١)]؛ لكنّه قال: لا يستحق شيئاً في الصورة الثانية؛ لأنّه دخل على أنّ لا شيء له ورضي به.

وقاله ابن عقيل في موضع آخر من المساقاة، وقال في «المغني»[(٢)] في موضع آخر: إنّه إبضاع صحيح. فراعى الحكم دون اللفظ.

وعلى هذا؛ فيكون في الصورة الأولى قرضاً[(٣)].

تنزل على ما تصح عليه وعلى ذلك الوجه؟
مثاله: العارية معناها إباحة الانتفاع بالعين مع ردها، أي رد العين. مثل: أعطيتك هذا الكتاب لتقرأ به لمدة شهر وترده علي؛ فهذه عارية لأنني ملكتك الانتفاع بهذا الكتاب ثم ترده علي، فإذا شرطت عوضه إذا تلف؛ يقول المؤلف: إنه يكون قرضاً، أي إذا قلت: خذا هذا الكتاب عارية بشرط أن تعطيني مثله، المؤلف يقول: هذا قرض، وأما إن اشترط عليك عوضاً غير البدل، بأن أقول: خذ هذا عارية على أن تعطيني كل يوم عشر دراهم؛ فهذا يكون إجارة، هذا إذا قلنا بصحة العقد، أما إذا قلنا بعدم صحة العقد؛ فالأمر ظاهر، أي أن العارية لا تصح ويجب أن تردها إلى صاحبها، وليس له عوض، ولماذا لا يصح العقد؟ قالوا: لأن العارية من عقود التبرعات وليست من عقود المعاوضات، وأنت الآن جعلتها من عقود المعاوضات، فأخرجتها عن موضوعها؛ فتبطل؛ فالقاعدة أنه إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرج العقد عن موضوعه؛ فهل يبطل العقد أو لا يبطل ويحمل على الصحة ويكون عقداً آخر غير الذي تلفظ به؛ فالعارية هنا إذا صححنا العقد؛ قلنا: هي قرض أو إجارة، إن جعل من كل يوم شيئا معلوما؛ فهذه إجارة، وإن جعل عنها بدلاً عن العين كانت قرضاً، وأما القول الثاني؛ فإن العقد لا يصح، لماذا؟ قال: لأن العارية من عقود التبرعات وذلك لأنه لما شرط فيها العوض أخرجها عن موضوعها، ولما أخرجها عن موضوعها لم تصح، والظاهر صحة الأول؛ لأنه متى أمكن تصحيح العقود؛ فإنه هو الواجب) ا.هـ

(١) «المغني» (٥/ ٢١).

(٢) «المغني» (٥/ ٢١).

(٣) **ابن عثيمين**: (إذا قال: خذ هذا المال مضاربة، والمضاربة أن يدفع الأول المال لآخر يتجر به والربح بينهما، فإذا قال خذ هذا مضاربة ولك جميع الربح، أو خذ هذا المال مضاربة ولي جميع الربح؛ فهنا قد أخرج المضاربة عن موضوعها؛ فهل تصح أم لا؟
فيه خلاف:
فمنهم من قال: إن المضاربة لا تصح ويكون الربح كلّه لصاحب المال وعليه للعامل أجرة المثل؛ لأنّ العامل عمل بالمال بإذن صاحبه ولا عمل إلا بعوض؛ فيستحق أجرة المثل، وفي هذه الحال قد تكون أجرة المثل أكثر من الربح وقد تكون أجرة المثل أقل من الربح.

=

ومنها: لو استأجر المكيل أو الموزون أو النقود أو الفلوس ولم يذكر ما يستأجرها له؟

فقال القاضي في «خلافه» في الإجارات: يصح ويكون قرضاً، ولنا وجه آخر: أنه لا يصح[1].

ومنها: لو أجّره الأرض بثلث ما يخرج منها من زرع؟

نصّ أحمد على صحته، واختلف الأصحاب في معناه؛ فقال القاضي: هي إجارة على حد المزارعة تصح بلفظ الإجارة، وحكمها حكمها، وقال أبو الخطاب[2] وابن عقيل وصاحب «المغني»[3]: هي مزارعة بلفظ الإجارة؛ فتصح على قولنا، يجوز أن يكون البذر من العامل، وإلا؛ فلا[4].

ومنها: لو أسلم في شيء حالاً؛ فهل يصح ويكون بيعاً أو لا يصح؟

فيه وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر كلام أحمد في رواية المروذي: لا يصح البيع بلفظ السلم.

والقول الثاني: أنها تصح، ولكن المضارب لا يستحق شيئا لأنه دخل على أنه يعمل في هذا المال متبرعاً، والقريب عندي أن العقد صحيح، وأنّه يمشى فيه على ما قال، أي إذا قال له: والربح كلّه لك؛ فلا حرج؛ لأنّه ربما يريد منفعته بهذا، وإذا قال العامل: الربح كلّه لك، فلا مانع أيضاً لأنه تبرّع بنفع بدنه لصاحب المال، ومعنى الإبضاع هنا: أنه يعمل بالمال ولا شيء له) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين**: (فلو قال: استأجرت منك مئة صاع بر؛ فإن البر هنا يكون لصاحبه، ولا انتفاع هنا به، ولهذا لو حاسبناه على لفظه؛ لكان كلامه لغواً، لكن هناك قول أنه يصح، ويكون قرضاً؛ فكأنني استسلفت منك مئة صاع بر، وكذلك إذا قال الرجل: أستأجرت منك هذه الدراهم، ولا يعلم انتفاع بالدراهم إلا بالتصرف بها، وإذا تصرف بها صارت قرضاً ولا تصح الإجارة، لأن القرض إذا جر نفعاً صار ربا والقول بعدم الصحة أولى لهذا) ا.هـ

(٢) «المغني» (٥/ ٢٤٩).

(٣) «الهداية» لأبي الخطاب (١/ ١٧٩).

(٤) **ابن عثيمين**: (والظاهر أنّها تصح، سواء قلنا إنّها إجارة أو قلنا مزارعة؛ إذ لا مانع، فلو قال: أجرتك هذه الأرض بثلث ما يخرج منها، أو قال: زراعتك بثلث ما يخرج منها وإن كانت الصورة صورة مزارعها ولكنّها صحيحة فيهما والصحيح أنه جائز) ا.هـ

والثاني: يصح، قاله القاضي في موضع من «خلافه»[١].

ومنها: إذا قال: أنت عليَّ حرام، أعني به الطلاق. وقلنا: الحرام صريح في الظهار؛ فهل يلغو تفسيره ويكون ظهاراً، أو يصح ويكون طلاقاً؟

على روايتين[٢].

ومنها: لو قال في دين السلم: صالحني منه على مثل الثمن؟

قال القاضي: يصح ويكون إقالة، وقال هو وابن عقيل: لا يجوز بيع الدين من الغريم بمثله؛ لأنّه نفس حقه.

فيخرج في المسألة وجهان؛ التفاتاً إلى اللفظ والمعنى[٣].

---

(١) **ابن عثيمين**: (الصحيح أنه يصح سوى بلفظ البيع أو لفظ السلَم) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (الصحيح أنّه على ما نوى، وإذا قال:أعني به الطلاق؛ فقد صرّح بنيته؛ فيكون طلاقاً لا ظهاراً، على أنّ المسألة فيها خلاف في الأصل؛ هل تحريم الرجل زوجته ظهار أو هو كتحريم الطعام والشراب؟
والصحيح أنه كتحريم الطعام والشراب، أي إذا قال الرجل لزوجته: أنت عليَّ حرام؛ فليس هذا ظهاراً، بل هو تحريم؛ كقوله: هذا الطعام عليَّ حرام؛ لعموم قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ تَبْتَغِى مَرْضَاتَ أَزْوَٰجِكَ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ [التحريم:١-٢]، وقد صحَّ عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنه قال: «إذا حرم الرجل امرأته؛ فهي يمين يكفرها»، وبعض أهل العلم يقول: هذا لغو؛ أي: ليس بشيء.
فقول: إنه ظهار؛ فلا تطلق ولكن لا يقربها حتى يفعل ما أمر به، والقول الثاني: إنه يمين أي لا تطلق وعليه كفارة يمين، والثالث: إنه لغو، وهذا والقول الثالث إن صح عمن نسب إليه؛ فإنما يكون كذلك إذا كان قصده الخبر لا الإنشاء، فإنه إذا قال: زوجتي علي حرام، وأراد الخبر؛ قيل له: كذبت، بل هي حلال لك بخلاف إذا ما قصد تحريمها إنشاء؛ فإن الصحيح أن حكمه حكم التحريم ما سوى الزوجة) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (الخلاصة في هذه القاعدة أنه متى أمكن تصحيح العقود؛ فإنه يجب ذلك؛ لأن الأصل في العقود الصحة فإذا علمنا مقصود المتعاقدين فإننا نأخذ بما يدل عليه اللفظ ونصحح ما أمكن. ومعنى هذه المسألة أنه لما أخذ من المال سلما وجاء الأجل قال: أريد أن أصالحك عن مئة صاع التي هي بدل المال والتي هي في ذمتك بمثل الثمن، أي بمئة إذا كان المال مئة) ا.هـ

القاعدة التاسعة والثلاثون

في انعقاد العقود بالكنايات واختلاف الأصحاب في ذلك.

فقال القاضي في مواضع: لا كناية إلا في الطلاق والعتاق، وسائر العقود لا كناية فيها.

وذكر أبو الخطاب في «الانتصار» نحوه، وزاد: ولا تحل العقود بالكنايات غير النكاح(١) والرق.

وقال في موضع آخر منه: تدخل الكنايات في سائر العقود سوى النكاح؛ لاشتراط الشهادة عليه، وهي لا تقع على النيّة.

وأشار إليه صاحب «المغني» أيضاً، وكلام كثير من الأصحاب يدل عليه أيضاً، وهل المعاطاة التي ينعقد بها البيع والهبة ونحوهما إلا كنايات؟

وكذلك كنايات الوقف تنعقد به في الباطن؛ إنْ لم يقترن بحكمه أو أحد ألفاظه؛ فإنّه ينعقد به الظاهر أيضاً، صرّح به الحلواني، وقد تقدّم في القاعدة التي قبلها كثير من فروع هذه القاعدة(٢).

ومنها: لو أجّره عيناً بلفظ البيع؛ ففي الصحة وجهان.

وقال صاحب «التلخيص»: إنْ أضاف البيع إلى العين؛ لم يصح، والوجهان في إضافتها إلى المنفعة(٣).

---

(١) **ابن عثيمين:** (هذا غريب لأن النكاح ما فيه كناية لابد فيه الصريح، هو لو قال غير الطلاق والعتق كان لا بأس ولهذا قال بعدها: «تدخل الكنايات في سائر العقود سوى النكاح») ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (الصريح ما لا يحتمل غير معناه، والكناية ما يحتمل معناه وغيره) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (إذا قال: بعتك هذه الدار كل سنة بألف ريال؛ فهذه إجارة، ولكنها وقت بلفظ البيع؛ فهل تصح أو لا؟ فمنهم من يقول: إنها تصح؛ لأنّ الإجارة نوع من البيع، ولما قيدها بما يدل على الإجارة؛ صارت كذلك، ومنهم من قال: لا تصح؛ لأنّ البيع المطلق يراد به بيع العين والإجارة بيع المنفعة، والصواب في كل ما قيل هنا وفيما تقدم أنه يرجع في ذلك إلى معنى اللفظ في عرف الناس وإلى ما تقتضيه القرينة.

والصواب الاعتبار بمعاني الألفاظ لا بتركيبها فإذا دل اللفظ على معنى أخذ به وهذا هو الذي مشى عليه شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله وهو الكتاب والسنة أنه ما دام اللفظ يدل على معنى معروف بين المتعاقدين وبينهما وبين الشاهدين إذا احتاج إلى الشهادة فإنه ينعقد بأي لفظ كان) ا.هـ

ومنها: الرجعة بالكنايات إن اشترطنا الإشهاد عليها؛ لم يصح، وإلا فوجهان.

وأطلق الوجهين صاحب «الترغيب» والأجود ما ذكرنا[١].

فأما قوله لأمته: أعتقتك وجعلت عتقك صداقك؛ فجعله ابن حامد كناية، ولم ينعقد به النكاح حتى يقول: وتزوجتك، وقال القاضي: هو صريح بقرينة ذكر الصداق، فإنَّ الصريح قد يكون مجازاً إذا اشتهر وتبادر فهمه؛ ولو مع القرينة، وفسّره القاضي بأنه الظاهر، ولا يشترط أن يكون نصاً.

وكلام أحمد صريح في أن هذا اللفظ كناية؛ فإنه قال في رواية صالح: إذا قال: «أجعل عتقك صداقك، أو قال: صداقك عتقك؛ كل ذلك جائز إذا كانت له نية مبيتة»؛ فصرّح باعتبار النية له، وتأوّله القاضي بتأويل بعيد جداً.

وكذلك نص أحمد على ما إذا قال الخاطب للولي: أزوَّجت وليتك؟ فقال: نعم. وقال للمتزوج: أقبلت؟ قال: نعم: أن النكاح ينعقد به،وذكره الخرقي.

و(نعم)، ها هنا كناية؛ لأنَّ التقدير: نعم زوجت، ونعم قبلت. وأكثر ما يقال: إنها صريحة في الإعلام بحصول الإنشاء فالإنشاء إنما استفيد منها وليس فيها من ألفاظ صرائح الإنشاء شيء؛ فيكون كناية عن لفظ النكاح وقبوله[٢].

---

(١) **ابن عثيمين:** (الرجعة: إعادة المطلقة إلى النكاح في العدّة، فيقول: راجعت زوجتي أو رددتها أو أمسكتها، فإذا جاء بكناية، فالراجح أنها تصح ما دامت القرينة دالة على مراده) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (هذا اللفظ (أعني: أعتقتك وجعلت عتقك صداقك) سبق أن النبي ﷺ قاله لصفية، وقول ابن حامد: إنه لا بدّ من قوله: «تزوجتك» هذا غلط؛ لأنّ السنة ليس فيها ذلك، وهذا يدل على أن العقود تنعقد بما يدل عليها حتى لو قال ملكتك بنتي، فقال: قبلت؛ انعقد النكاح، كما أنه لو قيل للولي: أزوجت ابنتك فلاناً؟ قال: نعم، وقال للزوج أقبلت النكاح؟ فقال: نعم؛ يصح النكاح، مع أن الولي في هذه الحال لم يقل: زوجتك ولكن قال: نعم، وكذلك الزوج لم يقل: قبلت بل قال: نعم في جواب قبلت، وهذا يدلّ على ما قررناه من أن العقود تنعقد بما دلّ عليها) ا.هـ

القاعدة الأربعون

الأحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة إلى تبدل الأملاك واختلافها.

عليها نوعان[١]:

أحدهما: ما يتعلّق الحكم فيه بملك واحد، فإذا زال ذلك الملك؛ سقط الحكم، وصور ذلك كثيرة:

منها: الإجارة، فمن استأجر شيئاً مدّة، فزال ملك صاحبه عنه بتملك قهري يشمل العين والمنفعة، ثم عاد إلى ملك المؤجر والمدة باقية؛ لم تعد الإجارة، هذا هو الظاهر؛ لأنّ ملك المستأجر زال عن المنافع وثبت له الرجوع على المالك بقسطه من الأجرة، فإذا استوفاه منه؛ لم يبق له حق، فتعود العين بمنافعها ملكاً للمؤجر، أما إن لم يستوف شيئاً؛ فقد سبق نظائرها في قاعدة من تعذر عليه الأصل واستقر حقه في البدل ثم وجد الأصل[٢]؛ فيحتمل وجهين،

---

(١) **ابن عثيمين**: (هذه القاعدة بصورها، فنقول: إذا كان هناك حكم متعلق بالعين، ثم زالت العين من ملك صاحبها، ثم عادت إلى ملك صاحبها؛ فهل يعود الحق الذي تعلق بمنافعها بعودها أو لا يعود؟
ذكر أن هذا على نوعين:
الأول: ما يتعلق به الحكم بملك واحد، فإذا زال ذلك الملك؛ سقط الحكم، وأوضح مثال لهذا الإعارة فلو أعرتك شيئاً، ثم بعته؛ بطلت العارية؛ لأنه انتقل ملكي عن هذا الشيء المعار، فيأخذه المشتري، فإذا اشتريته فيما بعد؛ فهل يعود حكم الإعارة أو لا؟
والجواب: أنه لا تعود الإعارة؛ لأنّ إعارتي إياك إنما كانت بملك سابق فزال هذا الملك ببيعي لها، وشمل هذا الزوال العين والمنفعة؛ فلا تعود المنفعة لك إلا بعقد جديد.
ومنها كذلك الوصية، فلو أوصى شخص بهذا الكتاب بعد موته لطلبة العلم، ثم باع الكتاب؛ فإن الوصية تبطل لأنه إذا باع الموصى به؛ فهو رجوع عن الوصية، لكنه بعد بيعه اشتراه ثانية؛ فهل تعود الوصية أو لا؟
والجواب:لا تعود الوصية؛ لأنّ وصيتي بهذا المال كانت في ملك سابق حال بينه وبين ملكي الثاني ملك رجل آخر؛ فلا تعود الوصية مرة ثانية، وكذلك الهبة قبل القبض، فلو وهبتك هذا الكتاب وقلت أنت: قبلت، ولكن قبل قبضك إياه بعت الكتاب؛ فهذا جائز لأنّ الهبة لا تلزم إلا بالقبض وأنت لم تقبض، وبعد بيعي للكتاب اشتريته مرة أخرى؛ فهل تعود الهبة؟
لا تعود؛ لأنّ الهبة كانت في ملك سابق، ولم تلزم؛ لأنني لم أقبضك إياها؛ فعلى هذا لا يعود حقك لأنه ليس بلازم، فصارت هذه الأحكام لا تتبع العين إذا انتقل ملكها عن صاحبها الأول، فإن الأحكام المتعلقة بالعين تبطل، فإن جددها؛ فذاك، وإلا؛ فقد بطلت) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (الإجارة جاءت بالملك القهري لو أني أجرتك هذا البيت ثم حصل قتال مع الكفار فاستولوا على بيت يملكونه ملكاً قهرياً في هذه الحالة تنفسخ الإجارة لأنه قهري وليس اختياري إذا عاد إليه مرة ثانية أخذته في هذه
=

والأظهر هنا عدم استحقاق المنافع؛ لأنّ حقه سقط منها وانتقل إلى بدلها.

ومنها: الإعارة، فلو أعاره شيئاً، ثم زال ملكه عنه، ثم عاد؛ لم تعد الإعارة.

ومنها: الوصية تبطل بإزالة الملك، ولا تعود بعوده.

ومنها: الهبة قبل القبض وسائر العقود الجائزة؛ كالوكالة وغيرها.

ومنها: لو أذن السيد لعبده في النكاح، فتزوّج ثم طلق، فإن كان الطلاق رجعياً؛ فله الرجعة بدون إذن السيد، ذكره القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب؛ لأنّ الملك قائم بعد أن كان بائناً لم يملك إعادتها بغير إذنه؛ لأنّه تجديد ملكه، والإذن مطلق؛ فلا يتناول أكثر من مرة.

النوع الثاني: ما يتعلق الحكم فيه بنفس العين من حيث هي تعلقاً لازماً؛ فلا يختص تعلقه بملك دون ملك،وله صور:

منها: الرهن، فإذا رهن عيناً رهناً لازماً ثم زال ملكه عنها بغير اختياره، ثم عاد؛ فالرهن باقٍ بحاله لأنّه وثيقة لازمة للعين فلا تنفك بتبدل الأملاك؛ كأرش الجناية؛ غير أن الأرش لازم لرقبة الجاني بدون القبض، والرهن لا يلزم أو لا يصح بدون القبض.

وذكر الأصحاب صوراً يعود فيها الرهن بعود الملك:

ومنها: لو سبا الكفار العبد المرهون، ثم استنقذ منهم؛ عاد رهناً بحاله، نصّ عليه الإمام أحمد.

ومنها: لو تخمّر العصير المرتهن، ثم تخلل؛ فإنه يعود رهناً كما كان، وكذلك يعود الرهن بعد زواله؛ وإن كان ملك الراهن باقياً عليه في مواضع:

ومنها: لو صالحه من دين الرهن على ما يشترط قبضه في المجلس؛ صحّ الصلح، وبرئت ذمته من الدين، وزال الرهن، فإن تفرقا قبل القبض؛ بطل الصلح، وعاد الدين والرهن بحاله.

ومنها: ما قاله أبو بكر: إنّه إنْ أعاد الرهن إلى الراهن بطل الرهن، فإن عاد إليه عاد رهناً كما كان.

الحال لا تعود الإجارة وإن الشرع قد أباح التصرف بالهبات والدليل حديث أبي بكر حين نحلَ ابنته عائشة نخلاً فقال لو كنت جذرتيه لم أكن لأرجع فيه ولكنك لم تجذريه فليس بملكك الأثر) ا.هـ

وفي كلام أحمد نحوه، وتأوله القاضي وابن عقيل على أنه بطل لزومه؛ لأنه لو بطل بالكلية؛ لم يعد بدون عقد، وهذا باطل بمسألة الصلح، وقد وافقا عليها، والظاهر أنّ الرهن لا يبطل بعد لزومه بدون رضى المرتهن.

ومن صور هذا النوع: المكاتب؛ فإنّ المكاتبة عقد لازم ثابت في الرقبة؛ فلا يسقط بانتقال الملك فيه.

ومنها: الأضحية المعينة، فإنّ الحقّ ثابت في رقبتها لا يزول بدون اختيار المالك، فإذا تعيبت؛ خرجت عن كونها أضحية، فإذا زال العيب؛ عادت أضحية كما كانت، ذكره ابن عقيل في «عمده»[1].

ومنها: التدبير على إحدى الروايتين.

ومنها: رجوع الزوج في نصف الصداق بعد الفرقة؛فإنه يستحقه؛ سواء كان قد زال ملك الزوجة عنه ثم عاد أو لم يزل؛ لأن حقه متعلق بعينه.

ومنها: عروض التجارة إذا خرجت عن ملكه بغير اختياره، ثم عادت؛ فإنه لا ينقطع الحول بذلك كما إذا تخمر العصير ثم تخلل، ذكره ابن عقيل وغيره.

ومنها: صفة الطلاق تعود بعود النكاح، وسواء وجدت في زمن البينونة أو لم توجد على المذهب الصحيح.

ومنها: صفة العتق تعود بعود ملك الرقيق في أشهر الروايتين، وفي الأخرى لا تعود إذا وجدت الصفة بعد زوال الملك.

وفرق القاضي بين الطلاق والعتاق: بأن ملك الرقيق لا يبنى فيه أحد الملكين على الآخر، بخلاف النكاح؛ فإنه يبنى فيه أحد الملكين على الآخر في عدد الطلقات على الصحيح، وهذا

---

(١) ويسمى (عُمدة الأدلة) مفقود.

التفريق لا أثر له؛ إذ لو كان معتبراً؛ لم يشترط لعدم الحنث وجود الصفة في غير الملك[١].

ومنها: الرد بالعيب لا يمتنع بزوال الملك إذا لم يدل على الرضى، وها هنا صور مختلف في إلحاقها بأحد النوعين، وهي محتملة:

فمنها: رجوع الأب فيما وهبه لولده إذا أخرجه الابن عن ملكه ثم عاد إليه، فهل يسقط حقه من الرجوع أم لا[٢]؟

ومنها: رجوع غريم المفلس في السلعة التي وجدها بعينها، وكان المفلس قد أخرجها عن ملكه ثم عادت إليه.

وفي المسألتين أربعة[٣] أوجه:

أحدها: لا حق لهما فيها؛ لأن حقهما متعلق بالعقد الأول المتلقى عنهما.

[**والثاني**: غير متلقى عنهما فلا يستحقاني فيه][٤]

والثالث: لهما الرجوع نظراً إلى أن حقهما ثابت في العين، وهي موجودة؛ فأشبه الرد بالعيب.

الرابع: إن عاد بملك جديد؛ سقط حقهما، وإن عاد بفسخ العقد؛ فلهما الرجوع؛ لأن الملك العائد بالفسخ تابع للملك الأول؛ فإن الفسخ رفع للعقد الحادث من أصله على قول؛ فيعود الملك كما كان[٥].

---

(١) **ابن عثيمين**: (صفة العتق، أي لو قال لعبده: إذا فعلت كذا فأنت حر، ثم باعه قبل أن يفعل، ثم اشتراه بعد ذلك؛ فهل تعود الصفة؟ فإذا فعلها بعد الشراء عتق أو لا؟
والظاهر أنها لا تعود؛ لأن العقد الثاني عقد مستقل، بخلاف ما إذا طلقها ثم راجعها؛ فإن الصفة تعود لأن النكاح واحد مثل أن يقول لزوجته: إذا قدم فلان فأنت طالق، ثم طلقها قبل قدومه، ثم راجعها أثناء العدة، ثم قدم بعد الرجعة؛ فإنها تطلق لأنّ المراجعة مبنية على النكاح السابق، أما إذا عقد عليها عقداً جديداً؛ فإن الصفة لا تعود) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (هذه أتوقف فيها) ا.هـ

(٣) إذا حسب الوجه الثاني ما بين [ ] فهي أربعة، وإذا أهمل فهي ثلاثة.

(٤) هذا الوجه موجود في بعض النسخ وفي البعض مضروب عليه فأثبتّه وبهذا تكون الوجوه أربعة وليست ثلاثة.

(٥) **ابن عثيمين**: (في المسألة الأولى الأقرب القول الثالث التفصيل، وهو إن عاد بفسخ؛ فلهُ الرجوع، وإن عاد بملك

=

ومنها: الفراش، فإذا وطئ أمة له ثم باعها ووطئ أختها بالملك، ثم عادت الأولى إلى ملكه؛ فهل يعود الفراش أم لا؟

على وجهين:

أشهرهما: أنه يعود، وهو المنصوص؛ فيجب عليه اجتنابهما حتى يحرم إحداهما.

والثاني: له استدامة استفراش الثانية ويجتنب الراجعة؛ لزوال الفراش فيها بزوال الملك، وهو اختيار صاحب «المحرر»[1].

جديد؛ فلا رجوع، لأنه إذا عاد بفسخ؛ فإن العقد الأول لم يتمه، بخلاف ما إذا عاد بعقد جديد؛ فإن العين قد ملكت الآن من طريق آخر، فهذا رجل وهب ابنه كتاباً؛ فله أن يرجع عن هذه الهبة ولكن الابن باع الكتاب قبل رجوع أبيه، ثم اشتراه منه مرة أخرى؛ فهل يملك الأب الرجوع؟

لا يملك؛ لأن الابن ملكه ملكاً جديداً من غير أبيه، وانقطعت صفة الملك ببيعه، أما لو فسخ فسخاً، مثل أن يكون في الكتاب عيب فيرده المشتري على الابن؛ فإن أباه يرجع لأنَّ الكتاب لم يرجع بعقد جديد.

الضابط في المسألة إذا كان عود الشيء مبني على العقد الأول عادة السلعة وإن كان عقد جديد لا تعد) ا.هـ

(١) «المحرر» (٢/ ٢٠) قال **ابن عثيمين**: (الصحيح أنها لا تعود إلا إذا كانت الرجعة يعود) ا.هـ

القاعدة الحادية والأربعون

إذا تعلق بعين حق تعلقاً لازماً، فأتلفها من يلزمه الضمان؛ فهل يعود الحق إلى البدل المأخوذ من غير عقد آخر؟

فيه خلاف، ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: لو أتلف الرهن متلف وأُخذت قيمته؛ فظاهر كلامهم أنها تكون رهناً بمجرد الأخذ.

وفرع القاضي على ذلك: أنّ الوكيل في بيع المتلف يملك بيع البدل المأخوذ بغير إذن جديد.

وخالفه صاحبا «الكافي»[1] و«التلخيص»، وظاهر كلام أبي الخطاب في «الانتصار» في مسألة إبدال الأضحية: أنه لا يصير رهناً إلا بجعل الراهن.

ومنها: الوقف إذا أتلفه متلف، وأخذت قيمته فاشترى بها بدله؛ فهل يصير وقفا بدون إنشاء الوقف عليه من الناظر؟

حكى بعض الأصحاب في ذلك وجهين.

ومنها: إذا أتلف الأضحية متلف، وأخذت منه القيمة أو باعها من أوجبها، ثم اشترى بالثمن أو القيمة مثلها؛ فهل تصير متعينة بمجرد الشراء؟

يتخرج على وجهين[2].

ومنها: الموصى له بعين إذا أتلفها متلف بعد الموت وقبل القبول؛ فحقه باقٍ في بدلها.

---

(١) «الكافي» (٢/ ١٣٥).

(٢) **ابن عثيمين**: (الصحيح في هذه المسائل كلّها أن البدل يحل محل المبدل، ولا حاجة إلى إعادة التوكيل في المسألة الأولى، ولا إلى إعادة التعيين في مسألة الأضحية، ولا إلى إعادة الوقف في مسألة الوقف؛ لأنّ نيتي أن هذا بدل عن الأول؛ فيكون له حكمه) ا.هـ

القاعدة الثانية والأربعون

في أداء الواجبات المالية.

وهي منقسمة إلى دين وعين:

فأما الدين؛ فلا يجب أداؤه بدون مطالبة المستحق إذا كان آدمياً؛ حتى ذكر ابن عقيل في جواز السفر قبل المطالبة وجهين، وهذا ما لم يكن قد عين له وقتاً للوفاء، فأما إن عين وقتاً؛ كيوم كذا؛ فلا ينبغي أن يجوز تأخيره عنه؛ لأنه لا فائدة للتوقيت إلا وجوب الأداء فيه بدون مطالبة فإنّ تعيين الوفاء فيه أولاً كالمطالبة به[1]، وأما إن كان الدين لله عز وجل؛ فالمذهب أنه يجب أداؤه على الفور؛ لتوجه الأمر بأدائه من الله عز وجل، ودخل في ذلك الزكاة والكفارات والنذور، وقد نص أحمد على إجبار المظاهر على الكفارة في رواية ابن هانئ[2].

وأما العين؛ فأنواع[3]:

منها: الأمانات التي حصلت في يد المؤتمن برضى صاحبها؛ فلا يجب أداؤها إلا بعد المطالبة منه، ودخل في ذلك الوديعة وكذلك أموال الشركة والمضاربة والوكالة؛ مع بقاء عقودها.

---

(١) **ابن عثيمين:** (الحقوق الواجبة إما دين وإما عين، والدين لا يجب الوفاء به قبل المطالبة، والدليل قوله ﷺ: «مطل الغني ظلم»، والمطل بمعنى المنع، ولا ممانعة إلا بعد مطالبة، وذكر المؤلف شرطاً لا بدّ منه وهو ألا يعين وقتاً للوفاء، أما إذا عين وقتاً للوفاء، فإذا جاء ذلك الوقت؛ وجب أن يؤديه، مثاله: قلت: خذ هذا الشيء بعشرة مؤجلة إلى الخامس عشر من الشهر، فإذا جاء الخامس عشر؛ وجب تأدية الدين، وإلا؛ لكان تعيينه اليوم عبثاً لا فائدة منه) ا.هـ

(٢) مسائل أحمد لأبي هاني (١/ ٢٣٩).

(٣) **ابن عثيمين:** (إذا كان الدين لله؛ فإنه يجب أداؤه على الفور؛ لأنه إما مؤقت بزمن، وإما محدد بسبب، فإذا جاء ذلك الزمن؛ فمعناه أن الله عز وجل يقول: أده، وإذا جاء ذلك السبب؛ فمعناه أن الله عز وجل يقول: أده، فمثلاً: الزكاة مؤقتة بزمن، فكأن الله عز وجل يقول: إذا جاء ذلك الوقت وهو تمام الحول؛ فأد الزكاة، والكفارات محددة بسبب، فإذا وجب السبب الموجب لكفارة؛ وجب أداؤها فوراً، لكن من الكفارات ما يعلق بفعل ويشترط أن يتقدم هذا الفعل، بمعنى أنه يكون له سبب، ومع هذا تفعل قبل فعل آخر؛ فالظهار مثلا هو سبب كفارته ويجب فعل الكفارة قبل المماسة، واليمين له كفارة ولها سبب؛ فسببها عقد اليمين وشرطها الحنث؛ فيجوز أن تؤديها قبل الحنث، وتسمى تحلة، أو بعده وتسمى كفارة.

والحاصل أن الواجب أداؤه لله عز وجل من الديون المحددة بوقت أو سبب وجب أداؤه في ذلك الوقت أو بوجود ذلك السبب، ولم يحدد؛ فإنه على التراخي. والدين هو ما ثبت في الذمة، سواء كان قرضاً أو ثمن مبيع) ا.هـ

ومنها: الأمانات الحاصلة في يده بدون رضى أصحابها؛ فيجب المبادرة إلى ردها مع العلم بمستحقها والتمكن منه، ولا يجوز التأخير مع القدرة، ودخل في ذلك اللقطة إذا علم صاحبها والوديعة والمضاربة والرهن ونحوها إذا مات المؤتمن وانتقلت إلى وارثه؛ فإنه لا يجوز له الإمساك بدون إذن؛ لأن المالك لم يرض به وكذا من أطارت الريح إلى داره ثوباً لغيره لا يجوز له الإمساك مع العلم بصاحبه[1].

ثم إن كثيراً من الأصحاب قالوا ها هنا: الواجب الرد، وصرح كثير منهم بأن الواجب أحد شيئين: إما الرد، أو الإعلام؛ كما في «المغني»[2] و«المحرر»[3] و«المستوعب» ونحوه، ذكره ابن عقيل، وهو مراد غيرهم؛ لأنّ مؤنة الرد لا تجب عليه، وإنما الواجب التمكين من الأخذ. ثم إن الثوب هل يحصل في يده بسقوطه في داره من غير إمساك له أم لا؟

قال القاضي: لا يحصل في يده بذلك. وخالف ابن عقيل[4]، والخلاف هنا مُنزل على الخلاف فيما حل في أرضه من المباحات؛ هل يملكها بذلك أم لا؟

وكذلك حكم الأمانات إذا فسخها المالك؛ كالوديعة والوكالة والشركة والمضاربة؛ يجب الرد على الفور لزوال الائتمان، صُرح به القاضي في «خلافه»، وسواء كان الفسخ في حضرة الأمين أو غيبته، وظاهر كلامه أنه يجب فعل الرد، فإن العلم هنا حاصل للمالك، وكذلك جعل ضمان الزكاة مبنياً على حصولها في يده بغير رضى المستحق، وأوجب عليه البداءة بالدفع،

---

(١) **ابن عثيمين:** (الأعيان الحاصلة في يد غير مالكها برضا مالكها لا يلزم ردها إليه إلا بعد المطالبة، مثل الوديعة والعارية والرهن والشركة والمضاربة.. إلخ.

مثل رجل أعطى شخص مئة دينار وديعة حتى أرجع من السفر يبقيها عنده ولا يجب عليه أداءه حتى يطلب ذلك نعم لو علمت من قوله حتى أرجع من السفر أن المعنى أنني إذا رجعت فلا بد أن تعطيني إياه مباشرة فحينئذٍ يتعين أسلم هذا فوراً) ا.هـ

(٢) «المغني» (٥/ ١٧٧).

(٣) «المحرر» (١/ ٣٧٢).

(٤) **ابن عثيمين:** (الأملاك الحاصلة بدون رضا أصحابها، مثل اللقطة، فإذا علمت صاحبها؛ فإنه يجب علي أن أؤديها إليه فوراً بدون مطالبة؛ لأن بقاءها عندي بغير رضا صاحبها، ومنها إذا أطارت الريح إلى داري ثوباً؛ فإنه لا يجوز إمساكه مع العلم بصاحبه، وهذا يقع ثم إذا فرضنا أن هذا الشيء الذي سقط في داري ثقيل لا يمكنني حمله وإنما يحتاج إلى عُمّال فالواجب إخباره وهو الذي يحمله وهذا هو ا لمقصود بالإعلام) ا.هـ

وقاسها على اللقطة ونحوها؛ فدلّ على أن فعل الدفع في هذه الأعيان عنده واجب، وعلى قياس ذلك الرهن بعد استيفاء الدين والعين المؤجرة بعد انقضاء المدة.

وذكر طائفة من الأصحاب في العين المؤجرة: أنه لا يجب على المستأجر فعل الرد، ومنهم من ذكر في الرهن كذلك، وسيأتي في القاعدة التي تليها[١].

وأما الأعيان المملوكة بالعقود قبل تقبيضها؛ فالأظهر أنها من هذا القبيل؛ لأنّ المالك لم يرض بإبقائها في يد الآخر؛ فيجب التمكين من الأخذ ابتداءً بدليل أنه لا يجوز عندنا حبس المبيع على الثمن[٢].

وذكر ابن عقيل في الصداق: أنه إذا تلف قبل المطالبة أو بعدها وقبل التمكن من الأداء؛ أنه لا يضمن؛ كسائر الأمانات، وقاسه على من أطارت الريح إلى داره ثوباً.

وهذا الكلام فيه نظر؛ فإن الثوب لا يقف ضمانه على المطالبة، لكن مراده والله أعلم أنّ العلم يكفي، فمتى كان المالك عالماً ولم يطلب؛ فلا ضمان إذا لم يكن مؤنة الرد واجبة على من هو عنده، وهذا أحسن.

ومنها: الأعيان المضمونة؛ فتجب المبادرة إلى الرد بكل حال، وسواء كان حصولها في يده بفعل مباح أو محظور أو بغير فعله:

---

(١) **ابن عثيمين**: (خلاصة هذا أنّ الأعيان التي في يدك لغيرك إذا وقعت في يدك، فإن كان لا يعلم بها؛ وجب عليك أحد أمرين:إما الرد، وإما الإعلام، ومثاله: ألقت الريح ثوباً من بيت جارك إلى بيتك؛ فيجب عليك في هذه الحال إما الإعلام أو الرد، فإن حصلت هذه الأعيان بعلم صاحبها وانتهى وقت الائتمان؛ فإنه يجب عليك الرد دون الإذن، مثل وديعة أودعتك إياها، فقال: خذ هذه الوديعة عندك حتى أرجع من الحج، فرجع؛ فيجب عليك على ظاهر كلام القاضي أن تحمل الوديعة إليه حتى وإن كانت تحتاج إلى مؤونة، ولكن الصحيح أنه لا يجب عليه الرد، بل إذا علم صاحبها بأنها عندك؛ فمتى جاء أخذها؛ إلا إن غلب على الظن أنه نسي وأنت تعلم أن حاجته تتعلق بها من حين أن يصل ولكنه تأخر طلبه إياها مثال ذلك: أودعني مفتاحاً لصندوق وما جاء بعد رجوعه لأخذه فالغالب على الظن أن الرجل نسي؛ فحينئذ الواجب إعلامه أو الرد، ومن ذلك الرهن، فإذا أوفى صاحب الرهن الدين؛ انفك الرهن؛ فهل يبقى الرهن عند المرتهن، أم يجب الرد؟
لا، لا يجب على القول الراجح، ولكن الواجب أن يُمكَّن منه إذا طلبه) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (حبس المبيع على ثمن معناه أنه إذا بعت عليك هذا الكتاب بعشرة، فقلت: أعطني الكتاب، فأقول: ما أعطيك الكتاب حتى تسلمني الثمن؛ فالمذهب لا يجوز، والقول الثاني أنه يجوز حبس المبيع على ثمنه، فأقول: هات الثمن حتى أعطيك الكتاب وهذا هو الصحيح) ا.هـ

فالأول: كالعواري يجب ردّها إذا استوفى منها الغرض المستعار له. قاله الأصحاب، وهذا إذا انتهى قدر الانتفاع المأذون فيه متوجه، وسواء طالب المالك أو لم يطالب؛ لأنها من قبيل المضمونات؛ فهي شبيهة بالمغصوب، وكذلك حكم المقبوض للسوم، ويستثنى من ذلك المبيع المضمون على بائعة؛ فلا يجب عليه سوى تمييزه وتمكين المشتري من قبضه؛ لأنّ نقله على المشتري دون البائع.

والثاني: كالمغصوب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما.

والثالث: كالزكاة إذا قلنا تجب في العين؛ فتجب المبادرة إلى الدفع إلى المستحق مع القدرة عليه من غير ضرر؛ لأنّها من قبيل المضمونات عندنا، وكذلك الصيد إذا أحرم وهو في يده أو حصل في يده بعد الإحرام بغير فعل منه[1].

---

(١) **ابن عثيمين**: (قوله الأول والثاني والثالث هذا تفسيره بأن يقال: سواء كان حصولها في يده بفعل مباح؛ كالعارية، أو محظور؛ كالمغصوب، أو بغير فعله؛ كالزكاة، والأعيان المضمونة كل ما يجب على من هي بيده ضمانها؛ فهي أعيان مضمونة، مثل المقبوض للسوم ومثل المغصوب، ومثل العارية على المذهب، وهكذا) ا.هـ

القاعدة الثالثة والأربعون

فيما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد.

القابض لمال غيره لا يخلو؛ إما أن يقبضه بإذنه أو بغير إذنه، فإن قبضه بغير إذنه، فإن استند إلى إذن شرعي كاللقطة؛ لم يضمن، وكذا إن استند إلى إذن عرفي كالمنقذ لمال غيره من التلف ونحوه، وحكي في «التلخيص» وجهاً بضمان هذا، وفيه بعد.

ونصّ أحمد على أنّ من أخذ عبداً آبقاً ليرده، فأبق منه؛ فلا ضمان عليه، لكن قد يقال: هنا إذن شرعي في أخذ الآبق لرده، وإن خلا عن ذلك كلّه؛ فهو متعد، وعليه الضمان في الجملة، هذا إذا كان أصل القبض غير مستند إلى إذن، أما إن وجد استدامة قبض من غير إذن في الاستدامة؛ فها هنا ثلاثة أقسام[1]:

أحدها: أن يكون عقد على ملكه عقداً لازماً ينقل الملك فيه ولم يقبضه المالك بعد، فإن كان ممتنعاً من تسليمه؛ فهو غاصب؛ إلا حيث يجوز الامتناع من التسليم؛ كتسليم العوض على وجه، أو لكونه رهناً عنده، أو لاستثنائه منفعته مدة، وأما إن لم يكن ممتنعاً من التسليم، بل

---

(١) **ابن عثيمين**: (القابض لمال غيره إما أن يكون بإذن أو بغير إذن، والإذن إما أن يكون شرعيّاً أو عرفيّاً أو لفظيّاً، مثال: الإذن الشرعي اللقطة، فإن المال حصل في يده بغير إذن له وبغير إذن عُرفي، ولم يبق إلا الإذن الشرعي، والإذن العرفي هو ما حصل عند الإنسان لإنقاذه، مثاله: وجدت لصّاً يريد أن يأخذ ماشية هذا الرجل، فاستنقذتها منه واستوليت عليها؛ فهذا إذن عرفي، ولو وجدت الماء قد جرى ليجترف مال هذا الرجل فأخذت هذا المال لئلا يجرفه السيل؛ فإنه لم يأذن لك، وهذا إذن عُرفي، وعندي أن هذا النوع من الاستيلاء عرفي شرعي، شرعي لأنك مأمور بإنقاذ مال غيرك، وعرفي لأن صاحب المال لو قلت له: هل تأذن لي أن أنقذ مالك من التلف؛ لقال نعم ويشكرني على ذلك، وبعدم الإنقاذ الآم على ذلك.

والحاصل أن الإذن في قبض مال الغير ثلاثة أقسام: إذن لفظي، وإذن شرعي، وإذن عرفي، الإذن اللفظي: أن يقول الرجل خذ هذا الماء وانتفع به كالعارية وإذا كان القابض إنما قبض بإذن (أي: لفظي أو عرفي أو شرعي)؛ فهل يضمن القابض أو لا؟

يقول: إنه لا يضمن إلا إذا تعدّى أو فرّط) ا.هـ

باذلاً له؛ فلا ضمان عليه على ظاهر المذهب[١]؛ إلا أن يكون المعقود عليه مبهماً لم يتعين بعد؛ كقفيز من صبرة، فإن عليه ضمانه في الجملة[٢] وبماذا يخرج من ضمانه.

قال الخرقي والأصحاب: لا يزول ضمانه بدون قبض المشتري، وهل يحصل القبض بمجرد التخلية مع التميز، أو لا يحصل بدون النقل فيما ينقل؟

على روايتين، فإن اعتبرنا النقل؛ امتد الضمان إليه.

وهل يسقط بتفريط المشتري في النقل؟

على وجهين:

أشهرهما: أنه يسقط به.

والثاني: لا يسقط حتى يوجد النقل بكل حال[٣].

وذكر القاضي في «خلافه» في مسألة الجوائح أنه ظاهر كلام أحمد، وفيه بعد، ثم وجدته

---

(١) **ابن عثيمين**: (إذا عقد على ملكه عقداً لازماً كالبيع، ولم يقبض المشتري بعد، فإن كان ممتنعاً عن تسليمه (أي: البائع)؛ فهو غاصب، ويترتب عليه ما يترتب على الغاصب من الضمان، مثاله: اشترى مني سيارة شراءً لازماً؛ فهنا يجب عليّ أن أسلم السيارة له بطلبه فإن امتنعت؛ فأنا غاصب أضمن كل ما يحصل من ضرر على هذه السيارة سواء كان بتفريط مني أو غير تفريط، وأضمن كذلك أجرة السيارة؛ لأنها بقيت عندي بغير إذن. لا من المالك ولا من الشرع ولا من العرف، ويقول المؤلف: إلا أن يمتنع عن تسليم العوض على وجه آكد على قول، أي هناك قول بجواز الامتناع عن تسليم المبيع حتى تقبض العوض، وهو ما يُعبر عنه بحبس المبيع على ثمنه، أو لكونه رهناً عنده، أي لما باع البائع السلعة قال للمشتري: أنا أريدها رهناً عندي حتى تعطيني الثمن؛ فصار بقاؤها عندي عند ذلك بحق فلا يضمن أو لاستثناء منفعته مُدَّةً، مثل أن أقول: بعت عليك هذه السيارة وأستثني منفعتها لي عشرة أيام، والمقصود هنا أن بقاءها عندي كان بإذن فلا ضمان عليه) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (إن كان باذلاً له؛ فلا ضمان عليه في ظاهر المذهب؛ إلا أن يكون المعقود عليه مبهماً؛ كقفيز من صُبْرة، والقفيز مكيال، والصُبْرة الكومة من الطعام، فإذا بعت عليك قفيزاً من هذه الصبرة؛ فهل عليّ ضمانه؟ نعم؛ لأنه مبهم، ولم يتعين ملكي في هذه الصُبرة، بل لي منها قفيز) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (والظاهر أنه يسقط الضمان مثل إذا بعت شيئاً مبهماً قفيز من صبرة أو معين فتهاون المشتري ولم يقبض فتلف هذا الشيء فالصحيح أنه لا ضمان عليه؛ لأن المفرّط بهذه الحال هو المشتري؛ لأنه لم يأخذ حاجته والضمان عليه) ا.هـ

منصوصاً صريحاً عن أحمد في الثمرة المشتراة قبل صلاحها بشرط القطع إذا أخرها المشتري حتى تلفت بجائحة قبل صلاحها: أنها من ضمان البائع؛ معللاً بأنها في ملك البائع وفي حكمه. نقله عن الحسن بن ثواب، وإن اعتبرنا التخلية مع التمييز، وهو الصحيح؛ فلأنه يحصل به التمكن من القبض، ولهذا ينتقل الضمان في بيع الأعيان المتميزة بمجرد العقد على المذهب؛ لحصول التمكن من القبض، ولعل اشتراط النقل إنما يخرج على الرواية الأخرى، وهي ضمان جميع الأعيان قبل القبض؛ فلا ينتقل الضمان هنا إلا بحقيقة القبض دون التمكن منه، والأول أظهر؛ لأنّ الذي يجب على البائع التمييز والتخلية، وهو التسليم، فأما النقل؛ فواجب على المشتري؛ لأن فيه تفريغاً لملك البائع من ماله، فيكون بتركه مفرطاً، فينتقل الضمان إليه، ويشهد له شراء الثمر في رؤوس النخل، فإنّ الضمان ينتقل فيه بمجرد انتهاء الثمر إلى أوان أخذه وصلاحيته له، سواء قطعه المشتري أو لم يقطعه على الصحيح، ولكن هل يعتبر لانتقال الضمان التمكن من القطع أو لا؟

خرجها ابن عقيل على وجهين من الزكاة، ورجّح عدمَ اعتبار التّمكّن، والذي عليه القاضي والأكثرون اعتبار التمكّن من النقل في جميع الأعيان؛ فلا يزال في ضمان البائع حتى يحصل تمكّن المشتري من النقل.

وصرّح ابن عقيل بخلاف ذلك، وأنّه يضمن الأعيان المتميزة بمجرد العقد، سواء تمكّن من القبض أو لم يتمكن؛ كما قال في مسألة الجوائح، وكذلك حكم المملوك بصلح أو خُلْع أو صَدَاق[1].

---

(١) **ابن عثيمين**: (إذا باع إنسان ثمرة النخل على رؤوس النخل، وتلفت هذه الثمار؛ فإنّها من ضمان البائع؛ لقول النبي ﷺ: «إذا بعت لأخيك ثمراً فأصابته جائحة؛ فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً» الحديث، ولكن إذا أوصلت إلى أوان الأخذ وفرط المشتري بترك أخذها؛ فإنه لا ضمان على البائع حينئذ، وكذلك إذا كانت الثمرة مما يؤخذ رطباً وفرط المشتري في أخذه رطباً؛ فإنه لا ضمان على البائع، والخلاصة أن نقول: إن الأعيان المتميزة التي تنتقل عن مالكها انتقالاً لازماً تكون من ضمان المشتري، لكن هل يشترط التمكن من القبض أو لا؟

على قولين، أكثرهم على اشتراطه، أما الأشياء المبهمة؛ فإنّها من ضمان البائع لأنها لم تتميز للمشتري حتى تكون من ضمانه) ا.هـ

القسم الثاني: أن يعقد عليه عقداً وينقله إلى يد المعقود له، ثم ينتهي العقد أو ينفسخ، وهو نوعان:

أحدهما: أن يكون عقد معاوضة؛ كالبيع إذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار، والعين المستأجرة إذا انتهت المدة أو العين التي أصدقها المرأة وأقبضها ثم طلقها قبل الدخول.

والثاني: أن يكون فيما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد غير معاوضة؛ كعقد الرهن إذا وفى الدين، وكعقد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة إذا فسخ العقد والمال في أيديهم.

فأما عقود المعاوضات؛ فيتوجه فيها للأصحاب وجوه:

أحدها: أن حكم الضمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول قبل التسليم، فإن كان مضموناً عليه؛ كان بعد انتهاء العقد مضموناً له، وإلا؛ فلا، وهي طريقة أبي الخطاب وصاحب «الكافي»[1] في آخرين اعتباراً لأحد الضمانين بالأخر، فعلى هذا إن كان عوضاً في بيع أو نكاح، وكان متميزاً؛ لم يضمن على الصحيح، وإن كان غير متميز؛ ضمن، وإن كان في إجارة؛ ضمن بكل حال.

والوجه الثاني: إن كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو في يده؛ كفسخ المشتري، أو يشارك فيه الأخر؛ كالفسخ منهما؛ فهو ضامن له لأنّه تسبب إلى جعل ملك غيره في يده، وإن استقل به الآخر؛ كفسخ البائع وطلاق الزوج؛ فلا ضمان لأنّه حصل في يد هذا بغير سبب منه ولا عدوان، فهو كما لو ألقى ثوبه في داره بغير أمره.

وهذا الوجه ظاهر ما ذكره صاحب «المغني»[2] في مسألة الصداق، وعلى هذا يتوجه ضمان العين المؤجرة بعد انتهاء المدة؛ لأنّه تسبب إلى رفع العقد مع المؤجر، ووجهه أنّ الإذن في القبض إنما كان لازماً لوجوب الدفع للملك، ولهذا يملك المشتري والمستأجر أخذه بدون إذنه، فبعد زوال الملك لا يوجد إذن سابق ولا لاحق، ولو قدر وجود الإذن في القبض؛ فإنما أذن في قبض ما ملك عليه؛ فلا يكون إذناً في قبض ملكه، وهو:

---

(١) «الكافي» (٢/ ٢٧٧).

(٢) «المغني» (٧/ ١٧٧).

والوجه الثالث: حكم الضمان بعد الفسخ حكم ما قبله، فإن كان مضموناً؛ فهو مضمون، وإلا؛ فلا يكون البيع بعد فسخه مضموناً؛ لأنّه كان مضموناً على المشتري بحكم العقد، فلا يزول الضمان بالفسخ، صرح بذلك القاضي في «خلافه».

ومقتضى هذا ضمان الصداق على المرأة، وهو ظاهر كلام صاحب «المحرر»[1]، وأنه لا ضمان في الإجارة؛ لأنّ العين لم تكن فيها مضمونة من قبل، وصرح بذلك القاضي وغيره ويُوجَّه بأنّ المبيع والصداق إنّما أقبضه لانتقال ملكه عنه، بخلاف العين المستأجرة؛ فإنه أقبضها مع علمه بأنها ملكه؛ فكان إذناً في قبض ملكه، بخلاف الأول؛ حتى قال القاضي وأبو الخطاب: لو عجل أجرتها، ثم انفسخت قبل انتهاء المدة؛ فله حبسها حتى يستوفي الأجرة، ولا يكون ضامناً.

والوجه الرابع: أنه لا ضمان في الجميع، ويكون المبيع بعد فسخه أمانةً محضةً، صرح بذلك أبو الخطاب في «الانتصار»؛ لأنه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان، فلم يضمنه كما لو أطارت الريح إليه ثوباً، وكذلك اختاره القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الصداق بعد الطلاق»[2].

والوجه الخامس: التفريق بين أن ينتهي العقد أو يطلق الزوج، وبين أن ينفسخ العقد.

ففي الأول يكون أمانة محضة؛ لأنّ حكم المُلْك ارتفع وعاد ملكاً للأول.

وفي الفسخ يكون مضموناً؛ لأنّ الفسخ يرفع حكم العقد بالكلية؛ فيصير مقبوضاً بغير عقد أو على وجه السوم في صورة البيع، وممن صرّح بذلك الأزجي في «النهاية» وصاحب «التلخيص»، وهو ظاهر كلام ابن عقيل في مسائل الرد بالعيب، وصرّح بأنّه يضمن نقصه فيما

---

(١) «المحرر» (٢/ ٣٦).

(٢) **ابن عثيمين**: (الظاهر أنّ هذا هو أصح الأقوال، وأصل المسألة مثاله: بعت عليك ثوباً، وتبين أن فيه عيباً؛ فللمشتري الفسخ، فابلغني المشتري بفسخ العقد، وبقي الثوب عنده يوماً أو يومين ولم آخذه منه فتلف؛ فالصحيح أنه في هذه الحال لا يضمن لأنّ وجوده بيده كان بإذن مالكه، فليس معتدياً حتى يضمن، وهكذا العين المؤجرة، فأجرتني سيارة لمدة يومين وأبقيت السيارة عندي فتلفت؛ فلا ضمان عليَّ لأنّ وجودها بيدي كان بإذن المالك، فلم أكن معتدياً، والحاصل أن الوجه الرابع هو أحسن الأقوال، أما لو أن صاحبه طالبه به، فامتنع؛ فإنه ضامن في هذه الحال) ا.هـ

قبل الفسخ وبعده بالقيمة لارتفاع العقد، مصيره مقبوضاً على وجه السوم.

ونقل الأثرم عن أحمد فيمن دفع إلى آخر ديناراً من شيء كان له عليه، فخرج فيه نقص، فقال للدافع: خذه وأعطني غيره. فقال: أمسكه معك حتى أبدله لك. فضاع الدينار، فقال: ما أعلم عليه شيئاً، إنما هو السَّاعةَ مُؤْتَمَن؛ فيحتمل أنه يكون مراده أن المفسوخ بعيب بعد فسخه أمانة، ويحتمل وهو الأظهر أن يكون إنّما جعله أمانة لأمر المعطى لإمساكه له؛ فهو كإيداعه منه[1].

والنوع الثاني: عقود الأمانات؛ كالوكالة والوديعة والشركة والمضاربة والرهن؛ إذا انتهت أو انفسخت، والهبة إذا رجع فيها الأب أو قيل بجواز فسخها مطلقاً؛ كما أفتى به الشيخ تقي الدين[2]؛ ففيها وجهان:

أحدهما: أنها غير مضمونة، صرح به القاضي وابن عقيل في الرهن، وأنه لا يجب رده إلى صاحبه استصحاباً للإذن السابق والائتمان، كما صرحوا به في الإجارة، وكذلك صرح به القاضي وأبو الخطاب في «خلافيهما»[3] في بقية العقود المسماة، وأنها تبقى أمانة كما لو أطارت الريح إلى داره ثوباً، وهذا يحتمل أنه مع علم المالك بالحال لا يجب الدفع؛ لأنَّ الواجب التَّمكين منه لا حمله إليه كما تقدم.

والفرق بين عقود الأمانات المحضة والمعاوضات: أن المعاوضات تضمن بالعقد وبالقبض، فإذا كان عقدها مضمناً؛ كان فسخها كذلك، وعقود الأمانات لا تُضمن بالعقد، فكذلك بالفسخ[4].

والوجه الثاني: أنه يصير مضموناً إن لم يبادر إلى الدفع إلى المالك؛ كمن أطارت الريح إلى

---

(١) **ابن عثيمين**: (الصحيح أنه لا ضمانة عليه إلا أن تعدى كما قلنا) ا.هـ

(٢) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٨٣).

(٣) هي كتب يكتب فيها الخلاف بين الإمام أحمد وغيره من الأئمة.

(٤) **ابن عثيمين**: (ولكن يقال: إن كان العقد مضمناً؛ كان الفسخ كذلك، وهذا فيه نظر؛ لأنّ الفسخ ما دام أن هذه بقيت في يده بإذن صاحبها؛ فإنه لا ضمان عليه.

داره ثوباً[1]، وصرح به القاضي في موضع آخر من «خلافه» في الوديعة والوكالة، وكلام القاضي وابن عقيل يشعر بالفرق بين الوديعة والرهن؛ فإنهما عللا كون الرهن أمانة بأنه أمانة ووثيقة، فإذا زالت الوثيقة بقيت الأمانة، كما لو كان عنده وديعة فأذن له في بيعها ثم نهاه، وهذا التعليل مقتضاه الفرق بين الوديعة وبين الشركة والمضاربة والوكالة؛ لأنّ هذه العقود كلها مشتملةٌ على ائتمان وتصرف، فإذا زال التصرف بقي الائتمان، بخلاف الوديعة؛ فإنّه ليس فيها غير ائتمان مجرد، فإذا زال صار ضامناً، وحكم الغصوب إذا أبرأ المالِكُ الغاصِبَ من ضمانها[2] كما ذكرنا.

القسم الثالث: أن تحصل في يده بغير فِعْلِهِ؛ كما مات مَوْرُوثه وعنده وديعة أو شركة أو مضاربة فانتقلت إلى يده؛ فلا يجوز له الإمساك بدون إعلام المالك كما سبق؛ لأنّ المالك لم يأتمنه.

وقد نصّ أحمد في رواية ابن هانئ[3] في الرهن: أنّه لا يقر في يد الوصي حتى يقره الحاكم في يده، فإن تلفت تحت يده قبل التمكن من الأداء؛ فلا ضمان لعدم التفريط، وكما لو تلفت اللقطة قبل ظهور المالك.

ويتخرج وجه آخر بالضمان كما خرجه ابن عقيل في البيع، وإن تلفت بعده؛ فالمشهور الضمان؛ لتعديه بترك الرد مع إمكانه وهو غير مؤتمن.

وحكى صاحب «المقنع»[4] وجهاً آخر، وأشار إليه صاحب «التلخيص»: أنه لا ضمان، ويكون أمانة عنده؛ كما لو انقضت مدة الإجارة ثم تلفت العين عند المستأجر، وبينهما فرق؛ فإن

---

(١) **ابن عثيمين**: (هذه مهمة إذا أطارت الريح ثوباً إلى دارك وجب عليك فوراً أن تخبر صاحبه أو تسلمه له ولا يجوز التأخير لأنك تعلم صاحبه فإذا حصلت على الثوب بغير إذن مالكه فيجب أن ترده لصاحبه وكذلك لو وجده ساعة أو قلم وأنت تعرف صاحبه فإن الواجب عليك المبادرة لإخباره أو تسليمه إياه يجب المبادرة لأنه ربما يتصور أنه فقدها فيبادر بشراء غيرها. والمهم أن كل مال حصل بيدك بغير إذن مالكه فإنه يجب عليك المبادرة إما إلى تسليمه أو إلى إخباره) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (الصواب «من ضمانه» وإن قال: «الغصوب» صح أن يقول: «ضمانها») ا.هـ

(٣) مسائل أحمد برواية ابن هاني (٢/ ٤٩).

(٤) «المقنع» (٤/ ٢٥٧-٢٥٨).

المستأجر مستصحب للإذن له في القبض، بخلاف هذا، وكذلك حكم من أطارت الريح إلى بيته ثوباً كما سبق، وفي كلام ابن عقيل وأبي الخطاب في الثوب لا يجب دفعه بدون العلم والمطالبة.

ووقع في بعض كلام القاضي أنها أمانة عنده، ولعلّ مراده مع علم المالك وإمساكه عن المطالبة؛ فيكون تقريراً، ولو دخل حيوان لغيره أو عبد له إلى داره؛ فعليه أن يخرجه ليذهب كما جاء؛ لأن يده لم تثبت عليهما، بخلاف الثوب، ذكره ابن عقيل[1].

فصل

وأما ما قبض من مالكه بعقد لا يحصل به الملك؛ فثلاثة أقسام:

أحدها: ما قبضه أخذه لمصلحة نفسه كالعارية؛ فهو مضمون في ظاهر المذهب، قالوا: لأن الإذن إنما تعلق بالانتفاع وقبض العين وقع من حيث اللزوم؛ فهو كقبض المضطر مال غيره لإحياء نفسه لا يسقط عنه الضمان؛ لأن إذن الشرع تعلق بإحياء نفسه، وجاء الإذن في الإتلاف من باب اللزوم، ولو وهبه شقصاً من عين ثم أقبضه العين كلها.

ففي «المجرد» و«الفصول» يكون نصيب الشريك وديعة عنده، واستدرك ذلك ابن عقيل في «فنونه» وقال: بل هو عارية، حيث قبضه لينتفع به بلا عوض. وهذا صحيح إن كان أذن له في الانتفاع به مجاناً، أما إن طلب منه أجرة؛ فهي إجارة وإن لم يأذن له في الانتفاع، بل في الحفظ؛ فوديعة، ولو قال أحد الشريكين للعبد المشترك: أنت حبيس على آخرنا موتاً؛ لم يعتق لموت الأول منهما، ويكون في يد الثاني عارية، فإذا مات؛ عتق، ذكره القاضي في «المجرد»[2].

---

(١) **ابن عثيمين**: (وهذا يحدث كثير في البادية أي إذا دخلت خروف مع غنمه فإنه يجب عليه دفعها وإخراجها خارج القطيع حتى ترجع أو يجدها صاحبها وإن حبسها وتركها مع القطيع فإنه منه صاحبها في الحصول عليها) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (فلو أعرتك منشفة فاستعملتها، ومع طول الاستعمال تلف الخَمَلُ وهو هدبها؛ فهل يُضمن ذلك أم لا؟
الجواب: لا تضمن، ولو أعرتني قلماً فتلف بالكتابة به؛ فهل يُضمن؟
لا أضمنه؛ لأنه تلف بنفس العمل الذي أعرتني إياه من أجله، أما إذا تلفت بغير ذلك؛ فإنها مضمونة في ظاهر المذهب، مثل: أعرتني ساعة لمدة عشر أيام، فانكسرت الساعة، فعليّ الضمان، ولو أعرتني سيارة فاحترقت؛ فعلي الضمان، ولو أعرتني بهيمة فماتت؛ فعليّ الضمان، وهذا ظاهر المذهب، سواء كان بتَعَدٍّ أو تفريط أو لم يكن،
=

القسم الثاني: ما أخذه لمصلحة مالكه خاصة؛ كالمودع؛ فهو أمين محض، لكن إذا تلفت الوديعة من بين ماله؛ ففي ضمانه خلاف؛ فمن الأصحاب من يبنيه على أن قوله: هل يقبل في ذلك أم لا، ومنهم من يقول: تلفها من بين ماله أمارة على تفريطه فيها.

وقد فرّق أحمد بين العارية والوديعة بأن اليد في العارية آخذة وفي الوديعة معطاة، وهو يرجع إلى تعيين جهة المصلحة فيهما، وكذلك الوصي والوكيل بغير جعل، حتى لو كان له دين ولآخر عليه دين، فوكله في قبض دينه وأذن له أن يستوفي حقه منه، فتلف المال قبل استيفائه؛ فإنّه لا يضمنه، نص عليه أحمد في رواية مثنى الأنباري[1].

القسم الثالث: ما قبضه لمنفعة تعود إليهما، وهو نوعان:

أحدهما: ما أخذه على وجه الملك فتبين فساده، أو على وجه السوم.

فأما الأول؛ فهو المقبوض بعقد فاسد، وهو مضمون في المذهب؛ لأنه قبضه على وجه الضمان ولا بد، ونقل ابن مشيش وحرب عن أحمد ما يدل على أنه غير مضمون؛ كالمقبوض على وجه السوم، وكذلك صرح بجريان الخلاف فيه ابن الزاغوني في «فتاويه»، ونقل حنبل عن أحمد في الهبة للثواب: إن أراد ردها على صاحبها وقد نقصت بغير استعماله؛ لم يضمن النقص، وشبهه بالرهن وتأوله القاضي بتأويل بعيد جدّاً، وقد رده أبو البركات في «تعليقه على الهداية»، ثم اختار هو تخريجه على أن الهبة للثواب يغلب فيها حكم الهبات، ومن حكم الهبة أن لا يضمن

وتعليل ذلك عندهم: قالوا: لأن الإذن إنما تعلق بالانتفاع .. إلخ.

فيقال أولاً: هذا القياس فيه نظر؛ لأن استعمال المضطر مال غيره ليس بإذن مالكه، بل هو بإذن الشرع، والشرع إنما أباح لي هذا مع الاحتفاظ بحق صاحبه؛ فالصحيح أن العارية لا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط، سواء ولكن في العقد المطلق، فأما إذا اشترط المعير على المستعير أن يضمن العارية؛ فهل يصح هذا الشرط أو لا؟

الجواب: يصح؛ لأن المستعير هو الذي التزم بذلك، وعليه؛ فإن الصحيح أن يقال: إن العاريّة لا تضمن إلا بتعد أو تفريط أو شرط) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين**: (فلو دفعت مالي لشخص يحفظه، فتلف المال عنده؛ فالمذهب -وهو الصحيح- أنه لا ضمان عليه إلا إذا تعدى أو فرط، وقول ثان: أنه عليه ضمان إلا إذا تعدى أو فرط أو تلفت من بين ماله، أي تلفت هي ومالي لم يتلف؛ لأنها إذا تلفت من بين ماله يدل على التفريط) ا.هـ

نقصها. قال: ولازم هذا أن نقول: لا يضمن قيمتها إذا تلفت بغير تعد. قال: وهذا عندي أحسن الوجوه. قال: ومع هذا؛ ففيه نظر، وهو كما قال؛ لأنه لو كان كذلك؛ لما فرق بين أن تنقص بفعله أو بغير فعله، ولما صح تشبيههُ بالرهن، ويحتمل عندي تخريجه على أحد وجهين:

إما أن يكون على أن الهبة بالثواب المجهول فاسدة، فيكون ذلك موافقاً لما روي عنه في المقبوض بعقد فاسد: أنه غير مضمون.

وإما على أنها صحيحة، وهو الأظهر لقوله، ثم أراد رده إلى مالكه؛ فدلّ على أن له إمساكه، وذلك لا يكون إلا مع الصحة.

فعلى هذا إنما لم يضمنه النقص؛ لأن الهبة للثواب لا تملك بدون دفع العوض، وكذلك شبهها بالرهن، وسنزيده إيضاحاً في المقبوض بالسوم إن شاء الله تعالى.

وأما المقبوض على وجه السوم؛ فمن الأصحاب من يحكي في ضمانه روايتين، سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه، وهي طريقة القاضي وابن عقيل، وصحح الضمان؛ لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض؛ فهو كالمقبوض بعقد فاسد[1]، ثم إنْ كان لم يُقَدِّر الثمن ضَمِنَهُ بقيمته، وإلا؛ فهل يضمنه بالقيمة أو بالثمن المقدر؟

على وجهين، ذكرهما ابن عقيل، وقال ابن أبي موسى: إن أخذه مع تقدير الثمن ليريه أهله، فإن رضوه؛ ابتاعه؛ فهو مضمون بغير خلاف، وكذلك إن ساوم صاحبه به ولم يقطع ثمنه وأخذه ليريه أهله، وأن أخذه بإذن مالكه من غير سوم ولا قطع ثمن ليريه أهله، فإن رضوه؛ وَزَنَ ثمنه؛ ففيه روايتان أيضاً، أظهرهما أنه غير مضمون عليه.

---

(١) **ابن عثيمين**: (المقبوض لمنفعة الطرفين بعقد فاسد، مثاله: لو بعتك شيئاً بعد أذان الجمعة الثاني؛ فإن البيع بعد الأذان الثاني ممن تلزمه الجمعة فاسد؛ فلا يحل للبائع أن يتصرف في الثمن ولا للمشتري أن يتصرف في المبيع، لكن هل هو مضمون أو غير مضمون؟

المذهب أنه مضمون؛ لأنّ الملك لم ينتقل فيه؛ فهو مضمون عليك عينه ومنفعته؛ فالمنفعة إن كان مما يؤجر فأنا أُملك الأجرة، مثاله: لو أنني بعت عليك بيتاً بعد نداء الجمعة الثاني؛ فالبيع باطل، فالبيت على ملكي أنا، فعلى المذهب تلزم المشتري بأجرة البيت لأن البيع باطل فنقول: إذا بقي عنده سنة؛ فيلزم بأجرة البيت سنة، وإن نقص البيت أو تلف فيه شيء؛ ضمن التلف أو النقص، وأنا أرد الثمن، وإن تصرفت فيه؛ فالربح بيني وبينه وهذا هو المذهب، ونقل بعض أصحاب أحمد أنه غير مضمون كالمقبوض على وجه السوم) ا.هـ

وجعل السَّامُرِيُّ الضمان فيما قطع ثمنه مبنيّاً على أنه بيع بالمعاطاة بشرط الخيار، وهذا يدل على أنه يجري فيه الخلاف إذا قلنا: لم ينعقد البيع بذلك.

وفي كلام أحمد إيماء إلى ذلك؛ لأنه علل الضمان في رواية ابن منصور بأنه ملكه، وعلل في رواية غيره انتفاء الضمان فيما إذا لم يقطع ثمنه بأنه ملك للبائع بعد حتى يقطع ثمنه فَفُهِمَ منه أنه مع القطع ينتقل الملك فيه إلى المشتري، ويؤخذ من ذلك أن المقبوض بعقد فاسد لا يضمن أيضاً لبقاء الملك فيه لمالكه.

وكذلك فرق بين أن يكون المأخوذ سلعتين ليختار أيتهما شاء فلا يضمنها[1]، وبين أن يكون سلعة واحدة، وهذا يحتمل ثلاثة أمور:

أحدها: ما قال السامري أنه بيع بشرط الخيار، ويكون المعلق على الرضا فسخه لا عقده.

والثاني: أن يكون بيعاً معلقاً على شرط؛ فقد فعله أحمد بنفسه لما رهن نعله بالثمن، ويبعد هذا أنه لم يفرق بين أن يتلف قبل الرضى به أو بعده.

والثالث: أن يكون بيعاً بمعاطاة تراخى القبولُ فيه عن المجلس، وقد نصّ على صحة مثل ذلك في النكاح في رواية أبي طالب، ومن هذا النوع ما إذا قبض المشتري زيادة على حقه غلطاً؛ فإنها تكون مضمونة عليه؛ لأنه قبضها على وجه العوض[2]، ذكره القاضي وابن عقيل والأصحاب.

ويحتمل أن لا يضمن على معنى تعليل أحمد في المقبوض بالسوم أنه على ملك البائع، ومن

---

(١) **ابن عثيمين**: (المقبوض على وجه السوم هو ما تذهب به إلى أهلك، فإن رضوه؛ اشتريته، وإلا؛ فلا، ولكن هذا الشيء تلف مني بعد قبضه؛ فهل عليّ ضمانه؟
فيه روايتان، والصحيح أنه غير مضمون إذا لم يكن تعد أو تفريط، والقاعدة في ذلك أن كل شيء أخذ بإذن الشرع أو بإذن مالكه؛ فإنه غير مضمون إلا بتعد أو تفريط، وبناءً على هذا؛ فإن المقبوض بعقد فاسد فيه إذن المالك دون إذن الشرع؛ فيكون على القول الراجح غير مضمون إلا إذا تعدى أو فرط، ونقول: صحيح أن الملك باق على يد صاحبه، ولكن لا ضمان عليه، أما في مسألة الأجرة، فإن أجّره المشتّري بالعقد الفاسد؛ فالأجرة للمالك لأنه لم يأمره، وإن لم يؤجّره بل انتفع به؛ فلا أجرة عليه لأنه انتفع به بإذن المالك؛ فلا ضمان عليه) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (مثاله: اشتريت منه عشرة أشياء، فأعطاني أحد عشر؛ غلطاً؛ فالزائدة تكون مضمونة على الاحتمال الأول، وتكون أمانة على الاحتمال الثاني والصحيح أنها أمانة لأنني لم آخذها غصباً وصاحبها لم يعطيني إياها اختياراً، وعليه فالصحيح أنه لا يضمن) ا.هـ

ذلك لو دفع إليه كيساً وقال له: استوف منه قدر حقك، ففعل؛ فهل يصح؟

على وجهين بناءً على قبض الوكيل لنفسه من نفسه، والمنصوص الصحة، نص عليه في رواية الأثرم، ويكون الباقي في يده وديعة، وعلى عدم الصحة قدر حقه؛ كالمقبوض على وجه السوم والباقي أمانة، ذكره في «التلخيص»، ولو دفع إلى غريم له نقداً من غير جنس ما عليه ليصارفه عليه فيما بعد؛ فهي أمانة محضة، نص عليه، مع أنها قبضت للمعاوضة، وقياس قول الأصحاب أنها مضمونة؛ كما قالوا في الضامن إذا قبض من المضمون عنه قبل الأداء على وجه الاستيفاء منه عند الوفاء: أنه مضمن لقبضه على وجه المعاوضة، وهو أولى؛ لأن القبض هنا وجد قبل الاستحقاق؛ فهو كما لو أقبضت المرأة زوجها مالاً عوضاً عما يستحقه عليها بالطلاق قبله.

النوع الثاني: ما أخذ لمصلحتهما على غير وجه التمليك لعينه؛ كالرهن والمضاربة والشركة والوكالة بجعل والوصية كذلك؛ فهذا كلّه أمانة على المذهب.

وفي الرهن رواية أخرى تدل على ضمانه، وتأولها القاضي وأثبتها ابن عقيل والأعيان المستأجرة والموصى بنفعها أمانة كالرهن؛ لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق.

تنبيه:

من الأعيان المضمونة ما ليس له مالك من الخلق، وما له مالك غير معين[1].

فالأول: كالصيد إذا قبضه المحرم؛ فإنه يجب تخليته وإرساله، وسواء ابتدأ قبضه في الإحرام أو كان في يده ثم أحرم؛ وإن تلف قبل إرساله، فإن كان بعد التمكن منه؛ وجب ضمانه للتفريط، وإن كان قبله؛ لزمه الضمان فيما ابتدأ قبضه في الإحرام دون ما كان في يده قبله لتفريطه في الأولى دون الثانية، هذا قول القاضي وصاحب «المغني»[2]، وخرج ابن عقيل الضمان فيهما؛

---

(١) **ابن عثيمين**: (إذا قيل أن هذه أمانة فمعناهُ أنه لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط وإذا قيل أنه مضمون فمعناه أنه يضمنها كلها والحاصل أنه ما قيل أنه أمانة فالقاعدة فيه أنه لا يضمن إلا بتعدي أو تفريط وما قيل مضمون فهو مضمون بكل حال) ا.هـ

(٢) «المغني» (٣/ ١٤٤).

لأنها عين مضمونة، فلا يقف ضمانها على عدم، التمكن من الرد؛ كالعواري والغُصُوب.

والثاني: الزكاة، إذا قلنا تجب في العين؛ فالمذهب وجوبُ الضَّمان بتلفها بكل حال؛ لأنها وجبت شكراً لنعمة المال النامي الموجود في جميع الحول؛ فهو شبيهة بالمعاوضة، ويُستثنى من ذلك ما لم يدخل تحت اليد؛ كالديون والثمر في رؤوس الشجر؛ لانتفاء قبضه وكمال الانتفاع به، ومن الأصحاب من خرج وجهاً بسقوط الضمان قبل إمكان الأداء مطلقاً[1].

---

(١) **ابن عثيمين**: (الصواب في هذا أن الزكاة أمانة، فإذا تفلت بعد استحقاقها بغير تعد ولا تفريط؛ فلا ضمان عليه لأنها بيده أمانة، وقد يفرق بين الإنسان المؤخِّر وغير المؤخِّر، ولكن هذا التفريق لا وجه له؛ لأن المؤخر يعتبر مفرِّطاً مثاله لو أن عندي زرع فحصدته ودرسته، ثم كان حبّاً، فجاء سيل فاجترفه، فإن كنت لم أدفع الزكاة، فعلي الضمان؛ لأني أخرت الزكاة) ا.هـ

القاعدة الرابعة والأربعون

في قبول قول الأمناء في الرد والتلف[١].

أما التلف؛ فيقبل فيه قول كل أمين؛ إذ لا معنى للأمانة إلا انتفاء الضمان، ومن لوازمه قبول قوله في التلف، وإلا؛ للزم الضمان باحتمال التلف، وهو لا يلزمه الضمان مع تحققه، ويستثنى من ذلك الوديعة إذا هلكت دون مال المودع على طريقة من يحكي الخلاف فيها في قبول قول المودع في التلف لا في أصل ضمانه، وكذلك العين المستأجرة والمستأجر على عمل فيها، حكى فيها رواية بالضمان؛ فمن الأصحاب من جعلها رواية بثبوت الضمان فيها؛ فلا تكون أمانة، ومنهم من حكى الخلاف في قبول دعوى التلف بأمر خفي، وهي طريقة ابن أبي موسى؛ فلا تخرج بذلك عن الأمانة.

---

(١) قال السعدي معبراً عن هذه القاعدة: (يقبلُ قولُ الأُمناء في التصرفات أو التَّلف ما لم يخالف العادة، هذه قاعدةٌ نافعةٌ تَحُلُّ الاختلافات الواقعةَ بين الأمناءِ والمُلاك في مُتعلِّقاتِ الأمانة التي تحتَ أيديهم وتصرفهم. فإذا اختلفوا في تَصَرُّفٍ أو صفةِ ذلك التصرف، أو تَلَف: فالقولُ قول الأمناء؛ لأن أربابَ الأموال ائتمنوهم ونزلوهم منزلةَ أنفسهم. ومقتضى هذا الائتمانِ قَبولُ قولهم إلا إذا ادعى الأمينُ دعوى تخالف الحِسّ والعادة فيرد قولُه) ا.هـ

قال ابن عثيمين: (قوله: «الأمناء»، مَنْ هم الأمناء؟ كل من وقع المال بيده بإذن من الشرع أو إذن من المالك فهو أمين فيقبل قولُه في التصرف. يعني لو قال: بعت هذا الشيء؛ وكَّلَه شخص أن يبيع ثوباً فباعه، فقال الموكل: إنك لم تبعه فقال: قد بعت. فالقول قول مَنْ؟ قول الأمين الرقيب. كذلك التلف لو تَلِف الذي بيد الوكيل فقال الموكِّل: أنت مفرِّط فعليك الضمان. وقال: لم أفرط فلا ضمان عليّ. من نقبل قوله؟ قول الوكيل، إلا إذا خالف العادة فإن خالف العادة فإنه لا يقبل قوله. ويُرجع في ذلك إلى أهل الخبرة، أما في الرد ففيه تفصيل. إن كان الأمين له حظ مما ائتمن عليه لم يُقبل قوله في الرد، وإن كان الحظ لغيره قُبل قوله في الرد، القاعدة في الرد: إذا كان للأمين مصلحة وحظ فيما بيده فإنه لا يقبل قوله في الرد وإن لم يكن له حظ وإنما الحظ للمالك قُبل قوله في الرد. نضرب لهذا مثلاً: المستعير إذا ادَّعى رَدَّ العاريَّة إلى المعير. هل يقبل؟ لا يقبل؛ لأن الحظ للمستعير. المعير ليس له إلا حظ الأجر، المودع إذا ادعى رد الوديعة إلى مالكها يقبل قوله؟ نعم. لماذا، لأنه ليس له حظ فيه الحظ لمالكها، المستأجر إذا ادعى رد العين إلى المؤجر يقبل أو لا يقبل؟ لا يقبل.

هذا هو الضابط الذي ذكره الفقهاء رحمهم الله فيمن يقبل قوله في الرد ومن لا يقبل. وعلى قول المؤلف رحمه الله. وأما من لم يخالف العادة يعني لو أن الأمين ادعى أن العين تَلِفَت بحريق ونحن نشاهد أن البلد لم يكن فيها حريق لأنه لو كان فيها حريق لسمعنا أصوات السيارات ورأينا وشاهدنا من يطفئ الحريق. فهنا يقبل قوله أو لا يقبل؟ لا يقبل قوله؛ لأنه يخالف العادة. لكن لو ثبت الحريق ثم قال الأمين: إن الأمانة تلفت بالحريق. وقال صاحبها: إنها لم تتلف به. فالقول قول الأمين) ا.هـ

وأما الرد؛ فالأمناء فيه ثلاثة أقسام[1]:

الأول: من قبض المال لمنفعة مالكه وحده؛ فالمذهب أن قولهم في الرد مقبول، ونقل أبو طالب وابن منصور عن أحمد: أن الوديعة إذا ثبتت ببينة؛ لم تقبل دعوى الرد بدون بينة، وخرجها ابن عقيل على أن الإشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبينة واجب؛ فيكون تركه تفريطاً، فيجب به الضمان، وكذلك خرج طائفة من الأصحاب في وصي اليتيم أنه لا يقبل قوله في الرد بدون بينة.

وعزاه القاضي في «خلافه» إلى قول الخرقي، وهو متوجه على هذا المأخذ؛ لأن الإشهاد بالدفع إلى اليتيم مأمور به بنص القرآن، وقد صرّح أبو الخطاب في «انتصاره» باشتراطه الإشهاد عليه؛ كالنكاح.

القسم الثاني: من قبض المال لمنفعة نفسه كالمرتهن؛ فالمشهور أن قوله في الرد غير مقبول لشبهه بالمستعير، وخرّج أبو الخطاب وأبو الحسين وجهاً آخر بقبول قوله في الرد؛ لأنه أمين في الجملة، وكذلك الخلاف في المستأجر[2].

القسم الثالث: من قبض المال لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه؛ كالمضارب والشريك

---

(١) **ابن عثيمين**: (الأمانة، يقبل قول الأمين بغير خلاف في التلف، ويستثنى من ذلك إذا ادعاه بسبب ظاهر؛ فإنه يكلف البينة في وجود ذلك السبب، مثاله: أودعت مالي عند شخص وأنا أريد السفر، فلما رجعت من السفر؛ قال: لقد شب حريق في البيت فتلف مالك؛ فإنه الآن يحتاج إلى بينة ليصدق في ادعاء التلف، أما لو قال: تلف أو سُرق أو غير ذلك؛ فإنه يقبل قوله، ولكن كل من قلنا القول قوله؛ فإنه يقبل قوله مع يمينه، وتستثنى مسألة أخرى، وهي إذا تلفت الوديعة من بين ماله، والصحيح أنها لا تستثنى، ولا ضمان عليه إذا لم يتعدى أو يفرط. وهل نستثني إذا تعدى أو فرّط؟ الجواب: لا، لأنه إذا تعدى أو فرّط زالت الأمانة وصار غير أمين، والخلاصة أن التلف يقبل فيه قول كل الأمناء؛ كالمودَع والمستأمن والمرتهن؛ فكل من وقعت العين في يده بإذن من صاحبها أو من الشارع؛ فإن قوله في التلف مقبول ما لم يدعه بسبب آخر فيحتاج إلى البينة؛ فكل أمين يدعي التلف فإنه مقبول قوله) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (يختلف الأمناء في الرد؛ فمن قبض العين لمصلحة مالكها فقوله مقبول؛ كالمودَع، فإنه إنما قبض العين لمصلحة المودع، فإذا قال المودع: أعطني وديعتي، فقال: رددتها عليك؛ قبل قوله لأنه محسن، وقد قال الله عز وجل: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة:٩١]، والثاني من قبضها لمصلحة نفسه مثل المستعير؛ فإنه قبضها لمصلحة نفسه، فإنه لا يُقبل قوله في الرد، بل لا بد من البينة، وخرّج أبو الخطاب وأبو الحسين بقبول قوله لأنه أمين فلا فرق بينه وبين من أخذ المال لمصلحة مالكه) ا.هـ

والوكيل بجعل[١] والوصي كذلك؛ ففي قبول قولهم في الرد وجهان معروفان لوجود الشائبتين في حقهم:

أحدهما: عدم القبول، ونص عليه أحمد في المضارَبْ في رواية ابن منصور: أن عليه البينة بدفع رأس المال، وهو اختيار ابن حامد وابن أبي موسى والقاضي في «المجرد» وابن عقيل وغيرهم[٢].

والثاني: قبول قولهم في ذلك، وهو اختيار القاضي في «خلافه» وابنه أبي الحسين والشريف أبي جعفر وأبي الخطاب في «خلافه».

ووجدت ذلك منصوصاً عن أحمد في «رواية ابن منصور»[٣] في المضارب أيضاً في رجل دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة، فجاء بألف، فقال: هذا ربح، وقد دفعت إليك ألفاً رأس مالك. قال: هو مصدق فيما قال.

ووجدت في «مسائل أبي داود»[٤] عن أحمد نحو هذا أيضاً.

وكذلك نقل عنه مهنا في مضارب دفع إلى رب المال كل يوم شيئاً، ثم قال: كان من رأس المال أن القول قوله مع يمينه[٥]، وحكم الأجير المشترك حكم هؤلاء، وكذلك من يعمل في عين بجزء من نمائها؛ لأنه إما أجير أو شريك، والفرق بينهم وبين المستأجر أنّ المستأجر قبض مال المؤجر ليستوفي منه حق نفسه؛ فصار حفظه لنفسه وهؤلاء المال في أيديهم أمانة لا حق لهم فيه،

---

(١) **ابن عثيمين**: (الوكيل بجعل فيه الشائبتان والوكيل بغير جُعل من القسم الأول؛ فهو محسن) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (وهذا هو المذهب عند المتأخرين أن من قبض المال لمصلحة مشتركة فإنه لا يضمن قوله في الرد إلا بالبيّنة) ا.هـ

(٣) «مسائل الإمام أحمد وإسحاق» رواية ابن منصور (رقم ٢٢٨).

(٤) «مسائل الإمام أحمد» (١٩٩).

(٥) **ابن عثيمين**: (مثل إذا ادّعى التلف بسبب ظاهر فيكلف البينة على هذا السبب ثم يؤخذ قوله بأنه اعترف بهذا السبب أما في الرد ففيه تفصيل: أن قبضها لمصلحة مالكها فقوله مقبول لأنه مفتي وما على المفتي من سبيل وإن قبضها لمصلحة نفسه فإنه لا يقبل قوله في الرد لأنه هو المنتفع فضمنه عليه حتى يرده وإذا قبضها لمصلحتهما أيضاً فإنه لا يقبل قوله في الرد لأن له مصلحة في قبضها هذه هي قاعدة المذهب في هذه المسألة الظاهر أن صاحب المال لم ينكر ولكن الخلاف بينهم من جهة الدفع هل هو على وجه الربح أو على وجه رأس المال) ا.هـ

وإنما حقهم فيما يُنَمَّى منه أو في ذمة المالك، فأما من يعمل في المال بجزء من عينه؛ فهو كالوصي الذي يأكل من مال اليتيم، والقول قوله في الرد أيضاً، صرّح به القاضي؛ لأنّ المال لم يقبضه لحق نفسه، بل للحفظ على المالك وحقه فيه متعلق بعمله بخلاف المرتهن والمستأجر.

ثم ها هنا أربعة أقسام:

أحدها: أن يدعي الأمين أنه ردّ الأمانة إلى من ائتمنه، وهذا هو الذي ذكرناه.

والثاني: أن يدعي الرد إلى غير من ائتمنه بإذنه؛ فهل يقبل قوله؟

على وجهين:

أحدهما: وهو المنصوص، وهو اختيار أبي الحسن التميمي: أنه يقبل قوله.

والثاني: لا يقبل؛ فقيل: لتفريطه بترك الإشهاد على المدفوع إليه، فلو صدقه الآمر على الدفع؛ لم يسقط الضمان، وقيل: بل لأنّه ليس أميناً للمأمور بالدفع إليه؛ فلا يقبل قوله في الرد إليه؛ كالأجنبي.

وكل من هذه الأقوال الثلاثة قد نسب إلى الخرقي، بل ونسب إليه أن دعوى الوصي الرد إلى اليتيم غير مقبول كما سبق؛ فربما أطرد هذا في دعوى الرد من جميع الأمناء إلى من ائتمنهم، وهو بعيد جداً، وربما اختص بالوصي؛ لأن ائتمانه ليس من جهة الصبي؛ فهو كالأجنبي معه، هذا إذا ادعى الرد بإذن المالك، وإن ادعاه مع عدم إذنه؛ فلا يقبل منه حتى ولا الأداء إلى الوارث والحاكم؛ لأنهما لم يأتمناه، نقله في «التلخيص»؛ إلا أن يدعي الرد إلى من يده كيد المالك؛ كوكيله، أو رد الوديعة إلى عبده وخازنه ونحوهما ممن يحفظ ماله؛ لأنّ أيديهم كيده، ويتوجه في دعوى الرد إلى الحاكم والوارث بعد موت الموروث القبول؛ لقيامهما مقام المؤتمن، وهو مبرئ[1].

القسم الثالث: أن يدعي غير الأمين؛ كوارثه: أن الأمين ردّ إلى المالك؛ فلا يقبل لأنه غير مؤتمن، فلا يقبل قوله.

---

(١) **ابن عثيمين**: (لو قال: أنا رددته إلى زيد بإذنك؛ فيقول المؤتمن: اثبت أني قلت لك ذلك، فإذا أثبت؛ فنعم، يقبل قوله، وإلا؛ فلا، ومرة ثانية لو أعطاني الكتاب وديعة ثم قال لي بعد ذلك: هات الكتاب، فقلت: إني قد أعطيته زيداً بإذنك، فإن قلتَ: نعم، أنا أذنت لك؛ فالقول قولي، وإذا لم تقل لي ذلك، أي قلت: أنا لم آذن لك؛ فأحتاج إلى إثبات قولك بالإذن، ثم يقبل قولي في الردّ مع أن المسألة في أصلها فيها وجهان: أحدهما القبول، والثاني عدم القبول مطلقاً، ولو أنه ادعى الرد إلى الحاكم أو إلى ورثة الموروث بعد موته؛ فهل يقبل قوله؟ نعم، يُقبل قوله) ا.هـ

ومن المتأخرين من خرج وجهاً بالقبول؛ لأنّ الأصل عدم حصولها في يده، وجعل أصل أحد الوجهين فيما إذا مات من كان عنده أمانة، ولم توجد في تركته، ولم يعلم بقاؤها عنده: أنها لا تضمن، ولا حاجة إلى التخريج إذاً؛ لأنّ الضمان على هذا الوجه منتفٍ، سواء ادّعى الوارث الرد أو التلف أو لم يدع شيئاً.

القسم الرابع: أن يدعي من حكمه حكم الأمناء في سقوط الضمان عنه بالتلف قبل التمكن من الرد؛ كوارث المودع ونحوه، والملتقط بعد ظهور المالك، ومن أطارت الريح إلى داره ثوباً إذا ادعوا[1] الرد إلى المالك؛ ففي «التلخيص»: لا يقبل؛ لأنّ المالك لم يأتمنه، ويتوجه قبول دعواه في حالة لا يضمن فيها بالتلف؛ لأنّه مؤتمن شرعاً في هذه الحالة[2].

تنبيه:

عامل الصدقة مقبول القول في دفعها إلى المستحقين؛ ولو كذبوه بغير خلاف، وإن كان وكيلاً بجُعْل[3]، ذكره القاضي في «الأحكام السلطانية»[4]؛ لأن الصدقة عبادة؛ فلا استحلاف فيها، ولذلك لا يستحلف أربابها إذا ادعوا الدفع إلى العامل وأنكر، فكذلك العامل؛ لأنه أمين لأربابها، فيقبل قوله عليهم في الرد.

وأما عامل الخراج؛ فلا يقبل قوله في الدفع إلا ببينة أو تصديق، ذكره القاضي أيضاً، وعلل بأنّ الخراج دين؛ فلا يقبل قول مستوفيه في دفعه إلى مستحقه، وهذا التعليل منتقض بالوكيل في استيفاء دين ودفعه إلى مستحقه، فإن قوله مقبول في ذلك كما سبق، والأظهر تخريج حكم عامل الخراج على الوكيل، فإن كان متبرعاً؛ فالقول قوله، وإن كان بجعل؛ ففيه وجهان، وكذلك يخرج في عامل الوقف وناظره[5].

---

(١) **ابن عثيمين:** (قوله: «ادعوا» الضمير يعود على الوارث المودع والملتقط ومن أطارت الريح إلى داره ثوباً) ا.هـ

(٢) وهذا الاحتمال هو الصحيح، توجه القبول هو الصحيح لأنه مؤتمن شرعاً.

(٣) **ابن عثيمين:** (عامل الصدقة يقبل قوله في دفعها إلى مستحقيها ولو كذبوه؛ لأنه مؤتمن شرعاً؛ كالقاضي إذا ادعى أنه قضى لزيد أو على زيد؛ فإنه مقبول، وأرباب الصدقة إذا ادعوا دفعها إلى العامل وأنكر العامل؛ فقولهم مقبول، لكن في عدم مطالبتهم بها لا في تغريم العامل إياها إلا إذا شهدوا عليه، وإنما قلنا ذلك لأنهم مُدّعون، وعلى المدّعي البينة، هذا في تغريم العامل، أما بالنسبة لبراءة ذمتهم لأنّ هذه عبادة، والعبادة لا يُستخلف عليها كل العبادات لا يستخلف عليها إنسان، لا صلاة ولا صيام ولا زكاة) ا.هـ

(٤) «الأحكام السلطانية» (ص١٣٥).

(٥) **ابن عثيمين:** (والصحيح إذ يقال أن حكمه حكم الوكيل إن كان بجعل فإنه لا يقبل قوله بالرد إلا ببينة لأنه قضى أعمال الغير وإن كان بغير جعل قبل) ا.هـ

القاعدة الخامسة والأربعون

عقود الأمانات؛ هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا؟

المذهب أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي، والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح، ويتخرج على هذا مسائل:

منها: إذا تعدّى في الوديعة؛ بطلت، ولم يجز له الإمساك، ووجب الرد إلى الفور؛ لأنّها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي؛ فلا تعود بدون عقد متجدد، هذا هو المشهور، ولو كانت عينين، فتعدي في إحداهما؛ فهل يصير ضامناً لهما، أو لما وجد فيه التعدي خاصة؟

فيه تردد، وذكره القاضي أبو يعلى الصغير، وذكر ابن الزاغوني أنه إذا زال التعدي وعاد إلى الحفظ؛ لم تبطل، وقد يوجه بأن المالك أسند إليه الحفظ لرضاه بأمانته، فمتى وجدت الأمانة؛ فالإسناد موجود لوجود علّته؛ فهو كما لو صرح بالتعليق فقال: كلما خنت ثم عدت؛ فأنت أمين؛ فإنه يصح لصحة تعليق الإيداع على الشرط؛ كالوكالة، صرح به القاضي[1].

ومنها: الوكيل إذا تعدّى؛ فالمشهور أن وكالته لا تنفسخ، بل تزول أمانته ويصير ضامناً، ولهذا لو باع بدون ثمن المثل صح وضمن النقص؛ لأنّ الوكالة إذن في التصرف مع ائتمان، فإذا زال أحدهما؛ لم يزل الآخر، هذا هو المشهور، وعلى هذا؛ فإنما يضمن ما وقع فيه التعدي

---

(١) ابن عثيمين: (هذه القاعدة تقول: إذا تعدى الإنسان في الأمانات؛ فهل تبطل الأمانة ويزول حكمها أو لا تبطل؟ يقول: إذا كانت الأمانة محضة؛ فإنها تبطل بالتعدي، وإذا تضمنت الأمانة معنى آخر؛ فلا؛ فالوديعة أمانة محضة؛ لأنه ليس للمودَع مصلحة فيها، فإذا تعدى فيها بطلت، وصار بعد الأمانة خائناً، فيضمن الوديعة على كل حال؛ لأنه تعدى فيها، فإن عاد إلى الأمانة؛ فهل يعود الائتمان أو لا؟
فيه خلاف، والمذهب لا يعود، مثاله: أودعتك إبريقاً فاستعملته؛ فإنه هنا زالت الأمانة، وتكون ضامناً لهذا الإبريق على كل حال، لكن لو أنك رجعت إلى نفسك وقلت: من الخطأ أن أتصرف في مال الغير بغير إذنه، وعدت إلى الأمانة وحفظت الإبريق بدون استعمال؛ فهل تعود الأمانة؟
المذهب أنها لا تعود إلا بعقد جديد، والقول الثاني: أنه يعود الائتمان؛ لأنه عاد إلى شرطه، صار كما لو علقه بشرط فقال: كلما خنت ثم عدت إلى الأمانة؛ فأنت أمين، والأقرب إلى حفظ أموال الناس هو الأخذ بالقول الأول أنه يكون خائناً ولا يعود ائتمانه لأنه إذا قلنا بعود ائتمانه حصل اختلاط ونقول متى خان إنسان في وديعة أول مرة صارت يده يد معتدية وعليه ضمان في كل حال) ا.هـ

خاصة حتى لو باعه وقبض ثمنه لم يضمنه؛ لأنه لم يتعد في عينه، ذكره في «التلخيص»، ولا يزول الضمان عن عين ما وقع فيه التعدي بحال إلا على طريقة ابن الزاغوني في الوديعة، وظاهر كلام كثير من الأصحاب أن المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا بطلانها؛ فيفسد العقد، ويصير متصرفاً بمجرد الإذن.

وحكى ابن عقيل في «نظرياته» وصاحب «المحرر»[1] وجهاً آخر، وبه جزم القاضي في «خلافه»: أن الوكالة تبطل كالوديعة لزوال الائتمان، والإذن في التصرف كان منوطاً به[2].

ومنها: الشركة والمضاربة إذا تعدّى فيهما؛ فالمعروف من المذهب أنه يصير ضامناً، ويصح تصرفه لبقاء الإذن فيه، ويتخرج بطلان تصرفه من الوكالة.

ومنها: الرهن إذا تعدّى المرتهن فيه؛ زال ائتمانه وبقي مضموناً عليه ولم تبطل توثقته، وحكى ابن عقيل في «نظرياته» احتمالاً ببطلان الرهن، وفيه بُعْدٌ؛ لأنه عقد لازم وحق للمرتهن على الراهن، لا سيما إن كان مشروطاً في عقد وقلنا: يلزم بمجرد العقد؛ فإن الراهن يجبر على تقبيضه؛ فكيف يزول بالتعدي؟!

ومنها: إذا استأجره لحفظ شيء مدة، فحفظه في بعضها ثم ترك؛ فهل تبطل الإجارة؟

فيه وجهان:

قال ابن المثنى[3]: أصحهما: لا تبطل، بل يزول الاستئمان ويصير ضامناً، وفي «مسائل ابن منصور»[4] عن أحمد: إذا استأجر أجيراً شهراً معلوماً، فجاء إليه في نصف ذلك الشهر أن للمستأجر الخيار.

والوجه الآخر: يبطل العقد؛ فلا يستحق شيئاً من الأجرة بناءً على أصلنا فيمن امتنع من

---

(١) «المحرر» (١/٣٤٩).

(٢) **ابن عثيمين:** (الظاهر الأول المذهب أن التصرف صحيح، مثل أن رجل وكّل ببيع بعير وصار يستعمل هذا البعير في مصالحه الخاصة ثم باعه فالبيع صحيح ولكنه ضامن بتعديه كما لو تلف قبل البيع وكذلك يضمن أجرته في الانتفاع الذي انتفع به، ولكنه يضمن بتعديه فيما لو تلف، وكذلك يضمن الأجرة، أي أجرة انتفاعه به قبل بيعه) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** («ابن المني» في نسخة) ا.هـ

(٤) «مسائل ابن منصور للإمام أحمد» (رقم ٣٥٩).

تسليم بعض المنافع المستأجرة أنه لا يستحق أجرة، وبذلك أفتى ابن عقيل في «فنونه»[(١)].

ومنها: الوصي إذا تعدى في التصرف؛ فهل يبطل كونه وصيا أم لا؟

ذكر ابن عقيل في «المفردات» فيه احتمالين:

أحدهما: لا يبطل، بل تزول أمانته ويصير ضامنا؛ كالوكيل.

والثاني: تبطل؛ لأنه خرج من حيز الأمانة بالتفريط، فزالت ولايته بانتفاء شرطها؛ كالحاكم إذا فسق.

وفرض المسألة فيما إذا أقدم على البيع بدون قيمة المثل، وعلى هذا يتخرج بيع العدل الذي بيده الرهن له بدون ثمن المثل أو الثمن المقدر؛ هل يصح أم لا لأن الأمانة معتبرة فيه؟

واختيار صاحب «المغني»[(٢)] أنه لا يصح بيعه بدون ثمن المثل، لكنه علل بمخالفة الإذن، وهو منتقض بالوكيل، ولهذا ألحقه القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول» ببيع الوكيل؛ فصححاه وضمناه للنقص، ومثله إجارة الناظر للوقف بدون أجرة المثل.

---

(١) وهو كتاب كبير جمع فيه كل فنون العلم وهو من الكتب التي أتلفها التتار وقد بقي منه أجزاء طبعت.

(٢) «المغني» (٤/ ٢٦٣).

القاعدة السادسة والأربعون

في العقود الفاسدة؛ هل هي منعقدة أو لا؟

وهي نوعان:

أحدهما: العقود الجائزة؛ كالشركة والمضاربة والوكالة، وقد ذكرنا آنفاً أن فسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن، لكن خصائصها تزول بفسادها؛ فلا يصدق عليها أسماء العقود الصحيحة إلا مقيدة بالفساد.

وصرح القاضي في «خلافه» بأنه لو حلف على الشركة الفاسدة من أصلها أنها شركة حنث. قال: ويمنع من التصرف فيها والمنع من التصرف مع القول بنفوذه وبقاء الإذن مشكل، لا سيما وقد قرر أن العامل يستحق المسمّى[1].

---

(١) **ابن عثيمين:** (العقود الفاسدة: هي التي اختل فيها شرط، أو وُجد فيها مانع؛ فمثلاً: البيع مع جهالة الثمن فاسد؛ لاختلال الشرط، والبيع بعد أذان الجمعة الثاني ممن تلزمه الجمعة لا يصح؛ لوجود مانع، والعقود إذا فسدت لفوات شرط أو لوجد مانع؛ هل فسادها يمنع نفوذ التصرف فيها أو لا؟

يقول المؤلف: العقود تنقسم إلى قسمين: عقود جائزة، وعقود لازمة، الجائزة هي التي يجوز لكل واحد من المتعاقدين فسخها بدون رضا الآخر؛ كالشركة والمضاربة والوكالة، وفساد العقود الجائزة لا يمنع التصرف فيها، أي يتصرف لكن خصائصها تزول، فإذا أعطيتك مال مضاربة على وجه فاسد، ثم تصرفت فيه؛ فالتصرف صحيح نافذ، لكن خصائص الشركة تزول، فإذا أعطيتك إياه على أن الربح بيننا نصفين، وتبين أن العقد فاسد؛ فتصرفك صحيح، ولكن هل تستحق نصف الربح؟

الجواب: لا؛ فالربح كله لصاحب المال، وأنت لك أجرة المثل، لأنه لما كان العقد فاسداً زالت جميع آثاره، فرجعنا إلى الأصل، فقلنا: هذا رجل عمل بمالك؛ فلا بد أن تعطيه أجرة المثل، وهنا على أنه أجير؛ فكأنه رجل عامل عندك، فكم يُعطى مثله لو عمل هذا العمل؛ فيعطى مثله حتى لو كانت أجرته أكثر من الربح، وذهب بعض العلماء أننا لا نعطيه أجرة المثل، بل نعطية سهم المثل؛ لأن هذا العامل قد دخل على أن العمل بينهما مرابحة؛ فكيف نعطيه أجرة المثل فيُعطى سهم المثل؟! وبناءً على ذلك؛ فإنه لو خسر المال؛ فإنه لا يستحق شيئاً، فإذا قالوا: إن سهم المثل هو النصف، فينظر كم الربح، ويأخذ نصفه وهكذا.

مثال آخر في المساقاة، وهي عقد جائز على المشهور من المذهب: فلو أعطيت نخلي لهذا الرجل يعمل فيه مساقاة، وعمل فيه، ثم تبين بعد أن العقد فاسد؛ الذي يستحقه على المذهب أجرة المثل، فنقول: كم أجرة هذا لو كان عاملاً في النخل لمدة سنة؟ فيقولون: كذا؛ فيعطى تلك الأجرة، وأما القول الثاني؛ فإنه يُعطى سهم المثل لأن المالك والعامل كلاهما داخل على مشاركة، فإذا بطل العقد؛ رجعنا إلى سهم المثل، فإذا كان قد أعطاه على أنه له ثلث الثمر، فتبين أن المساقاة فاسدة، فرجعنا إلى أهل الخبرة وقالوا: إن العامل يستحق النصف وليس الثلث؛ فإنه يُعطى نصف الثمرة الآن لأن المعتبر هو سهم المثل) ا.هـ

والنوع الثاني: العقود اللازمة، فما كان منها لا يتمكّن العبد من الخروج منه بقوله كالإحرام؛ فهو منعقد لأنه لا سبيل إلى التخلص منه إلا بإتمامه أو الإحصار عنه، وما كان العبد متمكناً من الخروج منه بقوله؛ فهو منقسم إلى قسمين:

أحدهما: ما يترتب عليه حكم مبني على التغليب والسراية والنفوذ؛ فهو منعقد، وهو النكاح والكتابة يترتب عليهما الطلاق والعتق؛ فلقوتهما ونفوذهما انعقد العقد المختص بهما، ونفذا فيه، وتبعهما أحكام كثيرة من أحكام العقد؛ ففي النكاح يجب المهر بالعقد، حتى لو طلقها قبل الدخول لزمه نصف المهر على وجه، ويستقر بالخلوة، وتعتد فيه من حين الفرقة لا من حين الوطء، وتعتد للوفاة فيه قبل الطلاق، وفي الكتابة تستتبع الأولاد والأكساب[1].

---

(١) **ابن عثيمين**: (إذا كانت العقود لازمة؛ فهي نوعان:
الأول: ما لا يتمكن العبد من الخروج منها مثل الإحرام؛ فإنه يستمر مع الفساد، مثل لو جامع قبل التحلل الأول فسد نسكه، ومع ذلك يلزمه الاستمرار فيه، ولا يمكن أن يخرج منه، ويسمى حجة حجّاً فاسداً، وإذا صار العام القادم يقضيه؛ لأن هذا لا يمكن أن يخرج الإنسان منه، فلا يمكن التخلص منه، فيبقى مستمراً مع فساده، ولا أظن أنه يوجد مثال سوى هذا، أما الإفطار في رمضان فإنه يستمر بالإمساك احتراماً للزمن ولكنه لا يعد صائماً لأنه أفطر.
وأما النوع الثاني: وهو ما يتمكن العبد من الخروج منه، وهو على قسمين:
الأول: ما يترتب عليه حكم مبني على السراية والتغليب؛ مثل النكاح؛ فالنكاح الفاسد كالنكاح الصحيح، مثل عقد رجل على امرأة بدون ولي؛ فالنكاح فاسد، لكن حكمه حكم الصحيح؛ لأنه ينفذ فيه الطلاق، وإذا خلا بالمرأة؛ وجب عليه الصداق كاملاً، وعليه نصف المهر على قول، والقول الثاني: ليس عليه شيء؛ لأنه نكاح فاسد؛ فلا يترتب عليه أثره، وهذا هو الصحيح: أنه إذا طلق قبل الدخول؛ فليس عليه شيء لأنه نكاح فاسد، وهل يُلزم بالطلاق؟
نعم؛ لأنه نكاح فاسد، فإن قال الزوج: أنا لا أطلق، فما دام النكاح فاسداً؛ فلماذا أطلق؟ قيل: تطلق خروجاً من الخلاف؛ لأن النكاح الفاسد هو الذي فيه الخلاف، فإن كان مجمعاً عليه؛ فهو نكاح باطل، ولا يحتاج إلى طلاق، ولهذا كان التفريق بين الفاسد والباطل في النكاح إن أجمع العلماء على فساده فهو باطل وإن اختلفوا فهو فاسد النكاح الباطل لا يحتاج إلى طلاق، فلو عقد على امرأة ثم تبين أنها أخته من الرضاع؛ فالنكاح باطل بإجماع العلماء، فلا يلزم فيه طلاق بخلاف من تزوج بلا ولي فإنه نكاح فاسد لاختلاف العلماء فيه وتلزمه بالطلاق وخروج من الخلاف لأنه لو لم يطلق لأنه ممكن أن يأتي رجل يعتقد صحة النكاح بدون ولي فلا يتزوجها لأنها في ذمة غيره، ولهذا نقول أن النكاح الفاسد لا يجوز الاستمرار فيه ويلزم الزوج بالطلاق خروج من الخلاف لتبقى هذه المرأة لا شبه في نكاحها وكذلك مسالة الكتابة، فإذا كانت فاسدة كما لو كانت على عوض مجهول أو نحو ذلك؛ فإنها مبنية على السراية والتغليب، ولهذا لو أن الإنسان أعتق من عبده أصبع من أصابعه، فقال: أصبعك حُرّ؛ فيكون كله حراً، أو قال: شعرك حر؛ فإنه لا يعتق لأن الشعر عضو منفصل) ا.هـ

والثاني: ما لا يترتب عليه ذلك؛ كالبيع والإجارة؛ فالمعروف من المذهب أنه غير منعقد، ويترتب عليه أحكام الغصب[١].

وخرج أبو الخطاب في «انتصاره» صحّة التصرف في البيع الفاسد من النكاح، واعترضه أحمد الحربي في «تعليقه» وقال: النكاح الفاسد منعقد؛ فلهذا صح التصرف فيه بخلاف البيع، ولكن أبو الخطاب قد لا يسلم انعقاد النكاح الفاسد ولا غيره؛ لأنه يرى أن الجامع يحل من إحرامه، وأن الطلاق في النكاح الفاسد إنما يقع ممن يعتقد صحته؛ فمن ها هنا حسن عنده هذا التخريج؛ إذ البيع والنكاح في هذا على حد واحد.

وأبدى ابن عقيل في «عمده» احتمالاً بنفوذ الإقالة في البيع الفاسد؛ كالطلاق في النكاح الفاسد؛ قال: ويفيد ذلك أن حكم الحاكم بعد الإقالة بصحّة العقد لا يؤثر.

وذكر ابن عقيل وغيره وجهين في نفوذ العتق في البيع الفاسد؛ كالطلاق في النكاح الفاسد، وفرق بينهما على أحد الوجهين بأن الطلاق يسقط به حق نفسه، فنفذ بخلاف العتق؛ فإنه يسقط به حق غيره، وهو البائع، وهذا كلّه يشعر بانعقاد البيع.

وذكر ابن عقيل في «فصوله» احتمالين فيما إذا قال لغيره بعد نداء الجمعة: اعتق عبدك عنّي وعليّ ثمنه، ففعل؛ هل ينفذ عتقه عن نفسه أو عن الآمر له؟ ولكن هذا عقد موضوع للعتق والملك تابع له؛ فهو كالكتابة بخلاف البيع[٢].

---

(١) **ابن عثيمين:** (القسم الثاني: ما لا يترتب عليه آثار الملك، ويكون وجود العقد كعدمه، فلو آجر الإنسان إجارة فاسدة؛ فهل يترتب على هذا العقد ما يترتب على العقد الصحيح من ثبوت الأجرة وضمان العين وغير ذلك أو لا؟ المذهب أنه غير منعقد، ويترتب عليه أحكام الغصب، مثاله: أجرتك هذه السيارة إجارة فاسدة وقبضتها، ثم أصابها حادث بغير اختيارك؛ فالمذهب أنه ضامن لها على كل حال؛ لأن الغاصب ضامن المغصوب على كل حال، أي مع التفريط وعدمه ومع التعدي وعدمه، وتضمن أجرة المثل لصاحب السيارة، والأجرة التي دفعت له ترجع لك، وعلى هذا؛ فيمكن أن تكون أجرة المثل أكثر مما اتفق عليها أو أقل وقد يكون مساوياً) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (خرّج أبو الخطاب صحة التصرف في العقد الفاسد على النكاح الفاسد؛ النكاح الفاسد يثبت به المهر المسمى بالدخول وينفذ به الطلاق؛ فيقول أبو الخطاب: إذا كان النكاح الفاسد تترتب عليه أحكام النكاح الصحيح؛ فكذلك نقول في البيع الفاسد والأجرة الفاسدة، ونُقِضى عليه بكلام أحمد الحربي بأن النكاح الفاسد منعقد؛ فلهذا صح التصرف فيه، بخلاف البيع، ولكن يمكن لأبي الخطاب أن يجيب بأني لا أسلم بانعقاد النكاح =

فإن قيل: فهلا قلتم: إن صحة التصرف في البيع الفاسد مستند إلى الإذن؛ كما في العقود الجائزة إذا فسدت؟

قيل: ذلك لا يصح؛ لوجهين:

أحدهما: أن البيع وضع لنقل الملك لا للإذن، وصحة التصرف فيه تستفاد من الملك لا من الإذن، بخلاف الوكالة؛ فإنها موضوعة للإذن، يوضحه أن الموكل أذن لوكيله أن يتصرف له وقد فعل ما أمره، والبائع إنما أذن للمشتري في التصرف لنفسه بالملك لا ملك ها هنا.

والثاني: أن الإذن في البيع مشروط بسلامة عوضه، فإذا لم يسلم العوض؛ انتفى الإذن، والوكالة إذن مطلق بغير شرط[1].

الفاسد، بل ترتب عليه الأحكام مع عدم الانعقاد؛ لأنه يرى أن الجامع يحل من إحرامه، لأنه أفسده، والمذهب أنه لا يحل، وحينئذ لا يلزم أبو الخطاب بما ألزمه به أحمد الحربي، والصواب الذي يظهر لي أن الذي قبض بعقد فاسد أنه تترتب عليه أحكامه لا من حيث أنه عقد فاسد، ولكن من حيث أن هذا المؤجر قد أذن لذلك الرجل بالتصرف فيه، لكن الأجرة هي التي محل النظر؛ هل هي ما اتفقا عليه، أو هي أجرة المثل؟

وكذلك لو باع عليه بيعا فاسدا، مثل أن يبيع عليه بعد أذان الجمعة الثاني وهو ممن تلزمه الجمعة؛ فهل المشتري الذي قبض المبيع كالغاصب، وعلى هذا هو ضامن على كل حال، أو نقول: لا أجرة عليه؛ لأنه قبضه بإذن مالكه، ولكن يلزم رد المبيع وأخذ الثمن، هذا الأخير هو الظاهر) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين**: (هذا صحيح، يعني لو قيل: إن صحة التصرف في البيع الفاسد مستند إلى الأذن كما في العقود الجائزة إذا فسدت مثل الوكالة، وكلت زيدا أن يبيع هذا الشيء فباعه ثم تبين فساد الوكالة فتصرفه صحيح لأنه مستند إلى الإذن بخلاف البيع الفاسد فإن صحة تصرف المشتري ليس مستندا إلى الإذن بل مستند إلى الملك وإذا كان العقد فاسدا لا يثبت الملك، إذا فتصرفه مبني على شيء غير صحيح فلا يكون كالوكالة إذا فسدت، ولكن ما أشرنا إليه آنفا أن هذا المشتري لولا أذن البائع له ما تصرف وحينئذ يمكن أن نقول: الملك لا يثبت لكن التصرف صحيح بناء على أن الرجل أعطاه المبيع على أنه ملكه وهذا تصرف على أنه ملكه فيكون التصرف صحيحا. وهذه المسألة معناها أنه نشأ طرف ثالث فأنا بعت هذا الشيء لرجل بيعا فاسدا وهذا الرجل باعه لرجل بيعا صحيحا. مثاله بعت عليك كتابا بعد نداء الجمعة الثاني فالبيع فاسد، أنت بعته على رجل آخر بعد صلاة الجمعة فالبيع صحيح، لكن هذا البيع الصحيح مبني على بيع فاسد فيكون فاسدا، وهذا له وجه. لكن كوننا نضمن المشتري أجرة بقاء هذا الشيء بيده ونضمنه إياه إذا تلف، هذا هو محل نظر كما سبق، والقول في هذا قول أبي الخطاب رحمه الله فيما خرجه، أما إذا نقل ملكه إلى آخر فإننا نقول نقل الملك هذا مستند إلى ملك فاسد فيبطل العقد الثاني ثم يرد إلى الأول.

- تخريج الشيء على الشيء يعني قاسه عليه.

- ما دام العقد فاسد فإن الأحكام التي مضت تنفذ والأحكام المستقبلة لا تنفذ) ا.هـ

القاعدة السابعة والأربعون

في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده.

ونعني بذلك أن العقد الصحيح إذا كان موجباً للضمان؛ فالفاسد كذلك، وإذا لم يكن الصحيح موجباً للضمان؛ فالفاسد كذلك؛ فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة، فكذلك مع الفساد، والأمانات؛ كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة؛ لا يجب الضمان فيها مع الصحة، فكذلك مع الفساد، وكذلك الصدقة.

فأما قول أصحابنا فيمن عجّل زكاته ثم تلف المال وقلنا: له الرجوع به إنّه إذا تلف ضمنه القابض؛ فليس من القبض الفاسد بشيء؛ لأنّه وقع صحيحاً، لكنه مراعى، فإن بقي النصاب تبينا أنّه قبض زكاة، وإن تلف تبينا أنه لم يكن زكاة[1]؛ فيرجع بها.

نعم، إذا ظهر قابض الزكاة ممن لا يجوز له أخذها؛ فإنّه يضمنها لكون القبض لم يملك به، وهو مفرط بقبض ما لا يجوز له قبضه؛ فهذا من القبض الباطل لا الفاسد، وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح وضمن في مثلها من الفاسد، فإن البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة، وإنما يضمن العين بالثمن، والمقبوضِ بالبيعِ الفاسدِ يجب ضمان الأجرة فيه على المذهب.

والإجارة الصحيحة تجب فيها الأجرة بتسليم العين المعقود عليها، سواء انتفع بها المستأجر أو لم ينتفع.

وفي الإجارة الفاسدة روايتان:

إحداهما: كذلك.

والثانية: لا تجب الأجرة إلا بالانتفاع.

ولعلها راجعة إلى أن المنافع لا تضمن في الغصب ونحوه؛ إلا بالانتفاع، وهو الأشبه.

---

(١) قوله: «تبيناً أنه لم يكن» أي: المقبوض زكاة.

وكذلك يخرج في ضمان منفعة المبيع ها هنا، ولكن نقل جماعة عن أحمد ما يدلّ على أنّ الإجارة الصحيحة لا تجب فيها الأجرة إلا بقدر الانتفاع إذا ترك المستأجر بقية الانتفاع بعذر من جهته، وتأولها القاضي وابن عقيل، وأقرها صاحب «شرح الهداية» والقاضي أيضاً في «بعض تعاليقه».

والنكاح الصحيح يستقر فيه المهر بالخلوة بدون الوطء، وفي النكاح الفاسد روايتان أيضاً، وقد قيل: إن ذلك مبني على أنّ البضع هل تثبت[1] عليه اليد أم لا؟ وقد نقل عن أحمد فيما إذا نكح العبد نكاحاً فاسداً: أنه لا مهر لها، وهو محمول على أنه لم يوجد دخول أو على أنهما كانا عالمين بالتحريم؛ فتكون زانية.

ونقل ابن مشيش وحرب عنه: أن المبيع المقبوض من غير تسمية ثمن لا يضمن؛ لأنه على ملك البائع، وقد سبق ذلك، والعمل في المذهب على خلافه، إذا تقرر هذا؛ فهل يضمن في العقد الفاسد بما سمى فيه أو بقيمة المثل؟

فيه خلاف في مسائل[2]:

---

(١) **ابن عثيمين:** («تثبت» أحسن) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (معنى هذه القاعدة أن الضمان في العقد الفاسد كالضمان في العقد الصحيح؛ فكل عقد صحيح أوجب ضماناً فإن العقد الفاسد يوجبه، وما لا؛ فلا، فعقد البيع موجب للضمان، أي أن المشتري لم يأخذ المبيع إلا بضمانه بالثمن للبائع، فإذا اشتريت منك سلعة؛ فإنها دخلت عليّ بالضمان، أي بضمانها بالثمن، فإذا قُدِّر أن البيع فاسد وتلفت السلعة في يدي من غير تعدّ ولا تفريط؛ فمن المعلوم أن العقد الفاسد يجب إلغاؤه، فهل أضمن هذه السلعة التي كانت بيدي وتلفت بغير تعد ولا تفريط أو لا؟

الجواب: نعم، أضمنها؛ لأنني أخذتها من صاحبها على أنها مضمونة بالثمن، وأما العقد الذي لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب في فاسده؛ كالوكالة، فلو أعطيتني مالاً وقلت لي: بع هذا؛ فأنا لم آخذه منك على سبيل الضمان، ولهذا لم أدفع عوضه، فأخذته منك على سبيل الأمانة، ولهذا لو تلف بغير تعدّ منّي ولا تفريط؛ فأنا غير ضامن له، وإن تلف بالتعدي والتفريط؛ فأنا ضامن من أجل التعدي والتفريط، وعلى فرض أن الوكالة كانت فاسدة وتلف مني هذا الشيء بغير تعد ولا تفريط؛ فأنا غير ضامن لأنني لو قبضته في عقد صحيح؛ فلا ضمان علي، فكذلك إذا قبضته بعقد فاسد فلا ضمان عليه؛ لأن العقد إنْ أوجب صحيحه الضمان أوجب فاسده الضمان، وإلا؛ فلا.

وهنا مسألة: أن في مسألة البيع إذا تلف المبيع في البيع الفاسد؛ فهل يضمن المشتري بالثمن المسمّى بقيمة المثل؟ فيه خلاف.

وقوله: «وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح إلخ» ليس المعنى أن الضمان في العقد الفاسد =

منها: المبيع: والمعروف في المذهب ضمانه بالقيمة لا بالثمن المسمى فيه، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب؛ لأنّ المسمّى إنّما وقع الرضى به في ضمان العقد، والعقد غير موجب للضمان، وإنّما يترتب الضمان بأمر آخر طارئ على العقد، وهو التلف تحت يده، فيجب ضمانه بالقيمة أو المثل، كما لو اتفقا على ضمان العارية عند إقباضها بشيء ثم تلفت؛ فإنه يلغي المتفق عليه، ويجب المثل أو القيمة كذلك ها هنا.

وحكى القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول» في الكتابة عن أبي بكر عبد العزيز: أن المقبوض بالبيع الفاسد يضمن بالمسمى، وهو اختيار الشيخ تقي الدين[1]، وقال: إنّه قياس المذهب؛ آخذاً له من النكاح. قال: لأن إقباضه إياه إذن له في إتلافه بالعوض المسمّى، فأشبه ما لو قال له: أتلفه بألف درهم فأتلفه؛ فإنه لا يستحق عليه غير ما سمى له، وقد يجاب عن هذا بأن المسمّى إنما جعل عوضاً عن الملك لا عن الإتلاف، ولم يتضمن العقد إذناً في الإتلاف، إنما تضمّن نقل ملك بعوض، ولم يوجد نقل الملك؛ فلا يثبت العوض، وإنما وجب الضمان بسبب متجدد[2].

مساوياً للضمان في العقد الصحيح؛ فالبيع في العقد الفاسد يجب فيه ضمان العين والمنفعة وأما في العقد الصحيح فيجب فيه ضمان العين فقط؛ لأن المنفعة في العقد الصحيح مملوكة تبعاً للعين، أما في العقد الفاسد؛ فليس هناك ملك حتى نقول: إن المنفعة تابعة للملك، وعلى هذا، فإذا تلف المبيع في البيع الفاسد؛ فإننا نضمن العين والمنفعة، أي مدة أجرتها ما دامت في يده؛ فهنا اشتركا في أصل الضمان، أي العقد الصحيح والفاسد، ولكن اختلفا في كيفية الضمان، والحاصل أن كل ما قبضه الإنسان من غيره بغير عوض؛ فهو غير مضمون عليه، وما قبضه بعوض؛ فهو مضمون عليه، سواء كان ببيع أو إجارة) ا.هـ

(١) «القواعد النورانية» (ص١٣٣).

(٢) إذا كان المشتري يقبض المبيع مضموناً، وإذا كان كذلك ووقع العقد فاسداً؛ فهل يضمن ضمان المتلفات، أو يُضمن بالمسمَّى؟

المذهب أن يُضمن ضمان المتلفات، مثاله: بعت عليك ثوباً بعشرة دراهم، وتبيّن أنّ البيع فاسد، ثم إنّ الثوب تلف؛ فهل يضمنه المشتري ضمان المتلفات ونقول: عليك مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان متقوماً، أو يُضمن بالمسمَى؟

في هذا خلاف في المذهب؛ فالمنصوص عن أحمد أنه يضمن ضمان المتلفات، فإذا قدّرنا أن قيمته تساوي عشرين درهماً؛ الزم المشتري بعشرين درهماً حتى وإن كان تلفه بغير تعد ولا تفريط؛ لأنه دخل على أنه مضمون عليه، وعلى رأي شيخ الإسلام يقول: إنه يُضمن بالمسمى؛ فلا يلزمه إلا عشرة دراهم. قال: لأنّ البائع قد رضي أن يكون عوض ثوبه عشرة دراهم، فهو كما لو قال للشخص: خذ هذا الثوب وأعطني عشرة دراهم؛ فإنه لا يلزمه أكثر من عشرة؛ ولو كان الثوب يساوي مئة، إذاً المسألة فيها قولان وابن رجب رد على شيخ الإسلام ابن تيمية وقال: أن
=

ومنها: الإجارة الفاسدة، والمعروف من المذهب ضمانها بأجرة المثل أيضاً، ويتخرّج على قول أبي بكر أنها تضمن بالأجرة المسماة، والقول فيها كالقول في البيع سواء[١].

ومنها: الكتابة الفاسدة تضمن بالمسمى، فإذا أدى ما سمى فيها؛ حصل العتق ولم يلزمه ضمان قيمته، ذكره أبو بكر، وهو ظاهر كلام أحمد، واتفق الأصحاب على ذلك، لكن المتأخرون زعموا أن الكتابة الفاسدة تعليق بصفة؛ فلا يؤثر فسادها ولا تحريمها، كما لو قال لعبده: إنْ أعطيتني خمراً فأنت حر، فأعطاه؛ عتق لوجود الصفة، وأما أبو بكر؛ فعنده أن الكتابة عقد معاوضة أبداً، وهو اختيار ابن عقيل، وهو الأظهر، ولا يقع العتق عنده بأداء المحرم؛ لأنّ العقد لا ينعقد بعوض محرم، بل هو عنده باطل[٢].

ومنها: النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمى في الرواية المشهورة عن أحمد، وهي المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى، واختارها القاضي وأكثر أصحابه في كتب

هذا قد يفرق بينه وبين الإذن بالتلف؛ لأنّ المشتري قد أخذ هذا على أنه ملكه، والمأذون له بالتلف أتلفه على أنه ملك غيره بخلاف ما إذا كان في العقد، وعندي ينبغي أن نقول في هذه المسألة: أنه إن تلف بتعد منه أو تفريط؛ ضمناه إياه ضمان إتلاف، وإن تلف بغير تعد ولا تفريط؛ فإننا لا نضمنه ضمان إتلافه؛ لأنه لما كان فاسداً وقد قبضه من صاحبه بإذنه؛ صار بمنزلة المقبوض على وجه الأمانة، والمقبوض على وجه الأمانة إذا تلف بغير تعد أو تفريط؛ فإنه لا يُضمن؛ فكيف أضمن ما زاد على ثمنه؟! فلو قيل بهذا؛ لكان له وجه، ونكون قد أخذنا بالمذهب من وجه، وبقول شيخ الإسلام من وجه آخر.

(١) شيخ الإسلام يرى إن الإجارة تضمن بالمسمى أيضاً لكن لا تنفذ، فمثلاً: إذا قدرنا أن الإجارة لمدة خمس سنوات ثم تبين لنا أنها فاسدة بعد مضي سنة فإنها تلغى الأجرة يعني لا يستمر فيها لأنه لا يجوز الاستمرار بعقد فاسد لكن هذه السُّنة هل نقدرها بأجرة المثل أو بالنسبة من المسمى المذهب أننا نقدرها بأجرة المثل، يقولون: لأن العقد الفاسد وجوده كالعدم وهذا المستأجر تلفت المنافع في يده بدون عقد صحيح فيضمن بأجرة المثل، فإذا فرضنا أن أجرة المثل لهذه السُّنة ألف ريال وأن القسط لهذه السُّنة من خمس سنوات خمسمائة ريال فعلى المذهب يضمنها بألف وعلى القول الثاني يضمنها بخمسمائة، لأن المستأجر دخل على هذا العوض ورضي به وكذلك المؤجر، ولذلك كلام شيخ الإسلام أقرب من حيث القصد وكلام المذهب أقرب من حيث القواعد، لأن الفاسد وجوده كالعدم فإذا قلنا انه عدم وجب الرجوع إلى قيمة المثل كما رجعنا إلى مهر المثل فيما لو لم يسمى في الصداق.

(٢) **ابن عثيمين**: (هذا أقرب، وهو أنه لا يعتق؛ لأنه تبين أن العقد فاسد، وإذا كان كذلك خصوصاً إذا قلنا انه يضمن بقيمة المثل؛ فإنه لا قيمة له حينئذ؛ فلا ينفذ العتق، والمذهب: إذا كانت الكتابة فاسدة؛ فكأنه عِتْقٌ علقه على شرط، والعتق المعلق على شرط إذا وجد الشرط نفذ، سواء كان هذا الشرط جائزاً أم فاسداً، كقوله: إن أعطيتني خمراً فأنت حر، فإن أعطاه خمراً صار حرّاً مع أن الشرط محرم) ا.هـ

الخلاف، ويفرق بين النكاح والبيع بأن النكاح مع فساده منعقد، ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح؛ من وقوع الطلاق، ولزوم عدة الوفاة بعد الموت، والاعتداد منه بعد المفارقة في الحياة، ووجوب المهر فيه بالعقد، وتقرره بالخلوة؛ فلذلك لزم المهر المسمّى فيه كالصحيح، يوضحه أن ضمان المهر في النكاح الفاسد ضمان عقد، كضمانه في الصحيح وضمان البيع الفاسد ضمان تلف، بخلاف البيع الصحيح؛ فإن ضمانه ضمان عقد.

وحكي عن أحمد رواية أخرى: أن الواجب مهر المثل؛ أخذاً من رواية المروذي عنه في عبد تزوج بغير إذن سيده، فدخل بها؛ فقد جعل لها عثمان الخُمُسَيْن[1]، وأنا أذهب إلى أن يعطى شيئاً[2]؛ فلم يوجب المسمى، وهو اختيار الخرقي وصاحب «المغني».

واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام فيمن أنكحت نفسها[3]: أنّ لها المهر بما استحل منها؛ فأوجب المهر بالاستحلال وهو الإصابة؛ فدلّ على أنّه لم يجب بالعقد، وإنما وجب بالوطء، والواجب بالوطء مهر المثل.

وهذا ضعيف؛ فإن الاستحلال يحصل بمحاولة الحل وتحصيله وإن لم يوجد الوطء، وقد يطلق على استحلال ما لا يحل من الأجنبية مثله، وهو الخلوة أو المباشرة، وذلك مقرر عندنا للمهر، وقد قال النبي ﷺ للملاعن مثل ذلك، وليس محمولاً عندنا إلا على مثل ما ذكرنا، لا على حقيقة الوطء.

فأما عقود المشاركات إذا فسدت؛ كالشركة والمضاربة؛ فهل يجب لمسمّى فيها أو أجرة المثل؟

---

(١) أثر عثمان رواه عبدالرزاق في مصنّفه (١٢٩٨٤، ١٣٠٧١، ١٣٠٧٤)، وأحمد في مسائل صالح (٥٠٨، ٥٠٩)، وسعيد بن منصور في سننه (٧٩٦).

(٢) أحمد في مسائل عبدالله (١٢١٥)، ومسائل ابن هاني (١٠٦٨).

(٣) يقصد حديث: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل..» الحديث.

أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذيُّ (١١٠٢)، والنسائي في الكبرى (٥٣٩٤)، وابن ماجه (١٨٧٩)، وأحمد (٦/ ٤٧، ٦٦، ١٦٥)، والطيالسي في مسنده (١٤٦٣)، والدارمي (٢١٨٤)، والحميدي (٢٢٨)، وإسحاق في مسنده (٦٩٨)، والشافعي في مسنده (١/ ٢٢٠، ٢٧٥)، وابن حبان في صحيحه (٤٠٧٤)، والدارقطني في سننه (١/ ٨٤) (٣/ ٢٢١)، والبيهقي في الشعب (٧/ ١٢٤، ١٣٨، ٢١٩)، والحاكم (٢/ ١٦٨)، عن عائشة وللحديث عدّة علل وبشواهده يكون حسناً بإذن الله وعليه العمل عند أهل العلم وأصحاب النبي ﷺ كذا قال الترمذيّ.

فيه خلاف بين الأصحاب، وليس ذلك مما نحن فيه؛ لأنّ كلامنا في ضمان القابض بالعقد الفاسد، وهذه العقود لا ضمان فيها على القابض، وإنما يجب له فيها العوض بعمله؛ إما المسمّى، وإما أجرة المثل على خلاف فيه[1].

---

(١) **ابن عثيمين:** (النكاح الفاسد يستقرُ بالدُّخول فيه وجوبُ المهر المسمّى في الرواية المشهورة عن أحمد، والفاسد هو الذي اختلف العلماء في صحته؛ كالنكاح بلا ولي ولا شهود، والباطل ما أجمع العلماء على فساده وكنكاح المعتّدة ونكاح الخامسة ونحوه، وهذا اصطلاح خاص بباب النكاح إذا أجمع العلماء أنه فاسد يسمى باطل وإذا اختلفوا في فساده يسمى فاسداً وهذا اصطلاح خاص في باب النكاح وإلا؛ فالمشهور عندنا كما في أصول الفقه أن الفاسد والباطل سواء، وكذلك فرقوا بينهما في الحج؛ فقالوا: الحج الفاسد هو الذي جامع فيه المحرم قبل التحلل الأول، والباطل هو الذي ارتد فيه، وهنا رجل تزوج امرأة بلا ولي على عشرة آلاف، ودخل بها، والنكاح فاسد؛ يجب التفريق بينهما، ولكن؛ هل يجب عليه المهر المسمّى لأنّ الوطء مقرر للمهر، أو يجب عليه مهر المثل؟

المذهب أن الواجب المهر المسمّى، وذلك لأن النكاح الفاسد عندهم كالصحيح في كثير من الأحكام من وقوع الطلاق ولزوم العدة بالوفات والمفارقة ووجوب المهر فيه بالعقد وتقرره بالخلوة. وهذا في غالب الأحكام ليس في جميعها ولذلك نقول في الميراث أن الزوجة لا ترث من زوجها إلا إذا كان النكاح صحيحاً وكذلك في حل المطلقة ثلاثاً لا تكون إلا بنكاح صحيح، وهذا مما يؤيد كلام شيخ الإسلام رحمه الله في أن البيع الفاسد تجب فيه المسمى وكذلك الإجارة الفاسدة) ا.هـ

القاعدة الثامنة والأربعون

كلَ مَن ملكَ شيئاً بعوض ملك عليه عوضه في آن واحد.

ويطَّرد هذا في البيع والسلم والقرض والإجارة فيملك المستأجر المنافع، والمؤجر يملك الأجرة بنفس العقد.

وكذلك في النكاح في ظاهر المذهب؛ فيملك الزوج منفعة البضع بالعقد، وتملّك المرأة به الصداق كلّه.

وكذلك الكتابة؛ تملك العبد منافعه واكتسابه، وتملك عليه النجوم بنفس العقد.

وكذلك الخلع والإعتاق على مال.

وكذلك المعاوضات القهرية؛ كأخذ المضطر طعام الغير، وأخذ الشفيع الشقص ونحوهما.

وأما تسليم العوضين؛ فمتى كان أحدهما مؤجلاً؛ لم يمنع ذلك المطالبة بتسليم الآخر، وإن كانا حالين؛ ففي البيع إن كان الثمن ديناً في الذمة، فالمذهب وجوب إقباض البائع أولاً؛ لأنّ حق المشتري تعلّق بعين؛ فقدّم على الحق المتعلّق بالذمة، ولا يجوز للبايع حبس المبيع عنده على الثمن على المنصوص؛ لأنه صار في يده أمانة، فوجب ردّه بالمطالبة كسائر الأمانات.

واختار صاحب «المغني»[1] أنّ له الامتناع من إقباضه حتى يحضر الثمن؛ لأنّ في تسليمه بدون الثمن ضرراً بفوات الثمن عليه؛ فلا يلزمه تسليمه حتى يحضره.

وقال أبو الخطاب في «انتصاره»: الصحيح عندي أنّه لا يلزمه التسليم حتى يتسلم الثمن كما في النكاح، وإن كان عيناً؛ فهما سواء، ولا يجبر أحدهما على البداءة بالتسليم، بل ينصب عند التنازع من يقبض منهما ثم يقبضهما، فإن كان هناك خيار لهما أو لأحدهما؛ لم يملك البائع المطالبة بالنقد، ذكره القاضي في الإجارات من «خلافه»، وصرح به الأزجي في «نهايته».

ولا يملك المشتري قبض المبيع في مدة الخيار بدون إذن صريح من البائع، نصّ عليه أحمد في

(١) «المغني» (٤/ ١٤١).

رواية الشَّالَنجي[1].

وأما في الإجارة؛ فالمذهب أنه لا يجب تسليم الأجرة إلا بعد تسليم العمل المعقود عليه أو العين المعقود عليها، كما لا يجب دفع الثمن إلا بعد تسليم المبيع، ومتى تسلم العين؛ وجب عليه تسليم الأجرة لتمكنّه من الانتفاع بقبضها، نص عليه أحمد.

وقال القاضي في «تعليقه»: إن الأجير يجب دفع الأجرة إليه إذا شرع في العمل؛ لأنّه قد سلّم نفسه لاستيفاء المنفعة؛ فهو كتسليم الدار المؤجرة، ولعلّه يخص ذلك بالأجير الخاص؛ لأنّ منافعه تتلف تحت يد المستأجر؛ فهو شبيه بتسليم العقار.

وقال ابن أبي موسى: مَنْ استؤجر لعمل معلوم؛ استحق الأجرة عند إيفاء العمل، وإن استؤجر في كلّ يوم بأجر معلوم؛ فله أجر كل يوم عند تمامه.

وظاهر هذا أن المستأجر للعمل مدة يجب له أجرة كل يوم في آخره؛ لأنّ ذلك مقتضى العرف، وقد يحمل على ما إذا كانت المدة مطلقة غير معينة؛ كاستئجاره كل يوم بكذا؛ فإنه يصح ويثبت له الخيار في آخر كل يوم، فتجب له الأجرة فيه؛ لأنه غير ملزوم بالعمل فيما بعده، ولأن مدته لا تنتهي؛ فلا يمكن تأخير إعطائه إلى تمامها، أو على أن المدة المعينة إذا عينا لكل يوم منها قسطاً من الأجرة؛ فهي إجارات متعددة، وأما النكاح؛ فتستحق المرأة فيه المهر بالعقد، ولها الامتناع من التسليم حتى تقبضه في المذهب، ذكره الخرقي والأصحاب.

ونقله ابن المنذر[2] اتفاقاً من العلماء، وعلّله الأصحاب بأنّ المنفعة المعقود عليها تتلف بالاستيفاء، فإذا تعذّر استيفاء المهر عليها؛ لم يمكنها استرجاع عوضها، بخلاف المبيع؛ فلذلك ملكت الامتناع من التسليم حتى تقبضه، وهذه العلّة موجودة فيما لا يتباقى مِنَ المبيع؛ من المطعومات والمشروبات والفواكه والرياحين، بل وفي سلع التجارة أيضاً، وهذا مما يرجح ما اختاره أبو الخطاب.

---

(١) هو إسماعيل بن سعيد الشَّالنجيّ، روى عن الإمام أحمد مسائل كبيرة.

(٢) «الإجماع» لابن المنذر (٣٥٢).

وأيضاً؛ فطرد هذا التعليل أن يجوز الامتناع من تسليم العين المؤجرة حتى يستوفي الأجرة؛ لأن المعقود عليه يتلف أيضاً ويستهلك؛ فلا يمكن استرداده عند تعذر الوصول إلى الأجرة، لكن قد يفرّق بينهما بأن الزوج إذا تسلّم المرأة؛ فإنه يستوفي في الحال ما يستقر به المهر، فإذا تعذّر أخذ المهر منه؛ فات على الزوجة المهر وما قابله.

وأما في الإجارة، فإذا تسلم المستأجر العين المؤجرة؛ فللمؤجر المطالبة حينئذ بالأجرة، فإذا تعذّر حصولها؛ ملك الفسخ، فيرجع إلى المؤجر ما خرج عنه أو غالبه، وهذا إذا كانت الزوجة ممن يمكن الاستمتاع بها، فإن كانت لا تصلح لذلك؛ فقال ابن حامد وغيره: لها المطالبة به أيضاً.

ورجح صاحب «المغني»[1] خلافه، وخرجه صاحب «الترغيب» مما حكى الآمدي: أنه لا يجب البداءة بتسليم المهر، بل يعدل كالثمن المعين؛ فلا يلزم تسليم المهر إلا عند التمكن من تسلم العوض المعقود عليه.

وقال الشيخ تقي الدين: الأشبه عندي أن الصغيرة تستحق المطالبة لها بنصف الصداق؛ لأن النصف يستحق بإزاء الحبس، فهو حاصل بالعقد والنصف الآخر بإزاء الدخول؛ فلا تستحقه إلا بالتمكن، أما لو استقر المهر بالدخول، ثم نشزت المرأة؛ فلا نفقة لها، ولها أو لوليها أو سيدها إن كانت أمة المطالبة بالمهر، ذكره أبو بكر وغيره؛ لأن وجوبه استقر بالتمكن؛ فلا يؤثر فيه ما طرأ عليه بعده.

---

(١) «المغني» (٧/ ١٩٩).

القاعدة التاسعة والأربعون

القبض في العقود.

على قسمين:

أحدهما: أن يكون من موجب العقد ومقتضاه؛ كالبيع اللازم والرهن اللازم والهبة اللازمة والصداق وعوض الخلع؛ فهذه العقود تلزم من غير قبض، وإنما القبض فيها من موجبات عقودها.

الثاني: أن يكون القبض من تمام العقد؛ كالقبض في السلم والربويات وفي الرهن والهبة والوقف على رواية والوصية على وجه وفي بيع غير المعين أيضاً؛ على خلاف فيه.

فأما السلم؛ فمتى تفرّقا قبل قبض رأس ماله بطل، وكذلك في الربويات.

وأما الرهن والهبة؛ فهل يعتبر القبض فيهما في جميع الأعيان أو في المبهم غير المتميز؛ كقفيز من صبرة؟ على روايتين.

وأما الوقف؛ ففي لزومه بدون إخراج الواقف عن يده روايتان معروفتان.

وأما الوصية؛ فهل تلزم بالقبول في المبهم؟

فيه وجهان، واختار القاضي وابن عقيل أنها لا تلزم فيه بدون قبض.

وخرج صاحب «المغني»[1] وجهاً ثالثاً: أنها لا تلزم بدون القبض مطلقاً؛ كالهبة.

وكذا حكى صاحب «المغني»[2] وغيره وجهين في رد الموقوف عليه المعين للوقف؛ هل يبطل برده؟

وصرح القاضي في «المجرد» بأن الملك فيه لا يلزم بدون القبض.

---

(١) «المغني» (٦/ ٧٠).

(٢) «المغني» (٥/ ٣٤٩-٣٥٠).

وأما المبيع المبهم؛ فذكر القاضي في موضع أنه غير لازم بدون القبض، وذكر في موضع آخر أنه لازم من جهة البائع، ولم يتعرض للمشتري، ولعلّه جعله غير لازم من جهته البائع؛ لأنه لم يدخل في ضمانه بعد، واختار صاحب «المغني» أنه لازم في حقهما جميعاً، وقال: هو ظاهر كلام الخرقي.

واعلم أنّ كثيراً مِنَ الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبراً للزومها واستمرارها لا لانعقادها وإنشائها، وممن صرّح بذلك صاحب «المغني»[1] وأبو الخطاب في «انتصاره» وصاحب «التلخيص» وغيرهم.

ومن الأصحاب من جعل القبض فيها شرطاً للصحة، وممن صرح بذلك صاحب «المحرر»[2] فيه في الصرف والسلم والهبة، وقال في «الشرح»: مذهبنا أن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض، وفرع عليه إذا دخل وقت الغروب من ليلة الفطر والعبد موهوب لم يقبض ثم قبض، وقلنا: يعتبر في هبته القبض؛ ففطرته على الواهب.

وكذلك صرّح ابن عقيل بأنّ القبض ركن من أركان الهبة؛ كالإيجاب في غيرها، وكلام الخرقي يدلّ عليه أيضاً.

وكذلك ذكر القاضي أن القبض شرط في صحة الصرف والسلم، وصرح به كثير من الأصحاب، ولكن صاحب «المحرر»[3] لم يذكر في الرهن إلا أن القبض شرط للزومه.

وصرح أبو بكر بأنه شرط لصحته، وأن الرهن يبطل بزواله، وكذلك صاحب «المحرر» في «شرح الهداية» والشيرازي والحلواني وغيرهم.

وأما القرض والصدقة والزكاة وغيرها؛ ففيها طريقتان:

إحداهما: لا يملك إلا بالقبض، رواية واحدة، وهي طريقة «المجرد» و«المبهج»، ونص عليه أحمد في مواضع.

---

(١) «المغني» (٥/ ٣٧٩).
(٢) «المحرر» (١/ ٣٧٤).
(٣) «المحرر» (١/ ٣٧٤).

والثانية: أنه في المبهم لا يملك بدون القبض، بخلاف المعين؛ فإنه يملك فيه بالعقد، وهي طريقة القاضي في «خلافه» وابن عقيل في «مفرداته» والحلواني وابنه؛ إلا أنهما حكيا في «المعين» روايتين؛ كالهبة.

وأما السهم من الغنيمة؛ فيملك بدون القبض إذا عينه الإمام بغير خلاف، صرح به الحلواني وابن عقيل وغيرهما.

وأما العارية؛ فلا تملك بدون القبض إن قيل؛ إنها هبة منفعة، وخرّج القاضي فيها رواية أخرى: أنها تملك بمجرد العقد؛ كهبة الأعيان، وتلزم إذا كانت مؤقتة، وإن قيل: هي إباحة؛ فلا يحصل الملك فيها بحال، بل يستوفي على ملك المالك؛ كطعام الضيف.

قال الشيخ تقي الدين: «التحقيق أن يقال في هذه العقود: إذا لم يحصل القبض؛ فلا عقد وإن كان بعض الفقهاء يقول بطل العقد، فكما يقال إذا: لم يقبل المخاطب؛ بطل الإيجاب؛ فهذا بطلان ما لم يتم، لا بطلان ما تم» انتهى[1].

ولا يستبعد توقف انعقاد العقد على أمر زائد على الإيجاب والقبول كما يتوقف انعقاد النكاح معهما على الشهادة.

وفي الهبة وجه ثالث حكي عن ابن حامد: أن الملك فيها يقع مراعى، فإن وجد القبض تبينا أنه كان للموهوب بقبوله، وإلا؛ فهو للواهب، وفرّع على ذلك حكم الفطرة، وقد يطرد قوله بالوقف والمراعاة إلى بقية هذه العقود.

وأما البيع الذي يعتبر له القبض؛ ففي كلام أبي بكر ما يدل على أنّه لا ينعقد بدون القبض أيضاً؛ فإنه قال: إذا اشتراه كيلاً؛ فلا بيع بينهما إلا كيلاً، وتأوله القاضي على نفي انتقال الضمان، وهو بعيد، قال: لأنّ أحمد قيل له في رواية ابن مشيش: أليس قد ملكه المشتري؟ قال: بلى، ولكن هو من مال البائع يعني: إذا تلف. قلت: ولكن صرح أحمد في رواية ابن منصور

---

(١) النص الذي رأيته في الاختيارات (١٢٨) هو: (التحقيق في عقود الربا أنه إذا لم يحصل فيها القبض أن لا عقد وإن كان الفقهاء يقول: بطل العقد، فهو بطلان ما لم يتم ببطلان ما تم) ا.هـ

بانتفاء الملك قبل القبض. فقال: أما ما يكال ويوزن؛ فلابد للبائع أن يوفيه المبتاع؛ لأنّ ملك البائع فيه قائم حتى يوفيه المشتري، وما لا يكال ولا يوزن إذا كان معلوماً؛ فهو ملك للمشتري، فما لزمه من شيء؛ فهو عليه. وقال أيضاً في طعام اشتري بالصفة: ولا يحول البائع الثمن، والبائع مالك بعدما لم يكله المشتري.

وهذا صريح لا يمكن تأويله، فيكون إذناً عن أحمد في انتقال الملك في بيع المكيل والموزون بدون القبض روايتان.

القاعدة الخمسون

هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن، أو يقع بدونه مضموناً في الذمة؟

هذا على ضربين:

أحدهما: التملك الاضطراري، كمن اضطر إلى طعام الغير ومنعه وقدر على أخذه؛ فإنّه يأخذه مضموناً، سواء كان معه ثمن يدفعه في الحال أو لا؛ لأنّ ضرره لا يندفع إلا بذلك.

والثاني: ما عداه من التمليكات المشروعة لإزالة ضرر ما؛ كالأخذ بالشفعة، وأخذ الغراس، والبناء من المستعير والمستأجر، والزرع من الغاصب، وتقويم الشقص من العبد المشترك إذا قيل إنه تملك يقف على التقويم، وكالفسوخ التي يستقل بها البائع بعد قبض الثمن؛ فيتخرّج ذلك كلّه على وجهين؛ فإنّ لأصحابنا في الأخذ بالشفعة وجهين.

أحدهما: لا يملك بدون دفع الثمن، وهو محكي عن ابن عقيل، ويشهد له نص أحمد أنه إذا لم يحضر المال مدة طويلة؛ بطلت شفعته.

والثاني: تملك بدونه مضموناً في الذمة، ونص أحمد في فسخ البائع أنه لا ينفذ بدون رد الثمن.

قال أبو طالب: قلت لأحمد: يقولون إذا كان له الخيار؛ فمتى قال اخترت داري أو أرضي؛ فالخيار له، ويطالب بالثمن؟ قال: كيف له الخيار ولم يعطه ماله؟! ليس هذا بشيء، إن أعطاه؛ فله الخيار، وإن لم يعطه ماله؛ فليس له خيار.

واختار الشيخ تقي الدين ذلك[1]، وقد يتخرّج مثله في سائر المسائل؛ لأنّ التسليط على انتزاع الأموال قهراً إن لم يقترن به دفع العوض، وإلا؛ حصل به ضرر فساد، وأصل الانتزاع القهري إنما شرع لدفع الضرر، والضرر لا يزال بالضرر.

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٦٤).

وقد يفرّق بين مسالة أبي طالب وبقية المسائل بأنّ البائع لو فسخ من غير دفع الثمن؛ لاجتمع له العوض والمعوض، وذلك ممتنع، ولا يوجد مثله في بقية الصور؛ إذْ أكثر ما فيها التملك، ويعوض في الذمة، وهو جائز كالقرض وغيره.

تنبيه:

الأملاك القهرية تخالف الاختيارية من جهة أسبابها وشروطها وأحكامها، وتملك ما لا يتملك بها.

أما الأول: فيحصل التملك القهري بالاستيلاء على ملك الغير الأجنبي، بخلاف الاختياري.

وأما الثاني: فالتملك القهري كالأخذ بالشفعة؛ هل يشترط معرفته كالبيع، أم لا لأنه قهري كالميراث؟

قال في «التلخيص»: فيه تردد.

وأما الثالث: فقد ذكرنا اشتراط دفع الثمن للتملك القهري، وللمشتري حبس الشخص المشفوع على دفع الثمن؛ وإن قلنا: يملك بدونه وينفذ تصرف الشفيع فيه قبل قبضه، وهل يثبت له فيه اختيار المجلس؟

على وجهين، قال في «التلخيص»: ويخرج التردد في الجميع نظراً إلى الجهتين.

وأما الرابع؛ فيملك الكافر العبد المسلم بالإرث ويرده عليه بعيب ونحوه في أحد الوجهين، وباستيلاء المسلم أمته وبالقهر.

وكذلك تملك المصاحف بهذه الأسباب، وهل يملك أم ولد المسلم بالقهر؟

على روايتين.

وتملك بالميراث الخمر والكلب، وكذا الصيد في حق المحرم على أحد الوجهين والمرهون، ولا يتملك ذلك كله بالاختيار.

القاعدة الحادية والخمسون

فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكه وما لا يعتبر له الملك، يقع تارة وتارة بغير عقد.

والعقود نوعان:

أحدهما: عقود المعاوضات المحضة؛ فينتقل الضمان فيها إلى من ينتقل الملك إليه بمجرد التمكّن من القبض التام والحيازة إذا تميز المعقود عليه من غيره وتعين.

فأما المبيع المبهم غير المتعين؛ كقفيز من صبرة؛ فلا ينتقل ضمانها بدون القبض، وهل يكفي كيله وتمييزه، أم لا بد من نقله؟

حكى الأصحاب فيه روايتين، ثم لهم طريقان:

منهم من يقول: هل التخلية قبض في جميع الأعيان المبيعة أم لا؟ على الروايتين.

ومنهم من يقول: التخلية قبض في المبيع المتعين رواية واحدة، وفيما ليس بمتعين إذا عين وخلّى بينه وبينه روايتين.

وكلا الطريقين سلكه القاضي في «خلافه»، وله طريقة ثالثة سلكها في «المجرد»: أن الكيل قبض للمبهم رواية واحدة، وذكر قول أحمد في رواية محمد بن الحسن بن هارون: قبضه كيله، وهل التخلية قبض في المعينات؟ على روايتين، وهذه أصح مما قبلها.

وقد فرق أحمد بين المبهم؛ فجعل قبضه كيله، وبين الصبرة؛ فجعل قبضها نقلها في رواية الأثرم؛ لأنّ المبهم إذا كيل؛ فقد حصل فيه التمييز وزيادة، وهي اعتبار قدره، وكلاهما من فعل البائع، وهو الواجب عليه، ولم يوجد في بقية المعينات شيء من ذلك سوى تمييزها بنفسها.

وعلى الطريقة الأولى؛ فيكون بعد كيله وتمييزه كسائر الأعيان المتميزة، وما عدا ذلك من الأعيان المتميزة؛ فهو داخل في ضمان المشتري بالعقد في ظاهر المذهب؛ لتمكّنه من قبضه التام بالحيازة، وقد انقطعت علّق البائع منه؛ لأنّ عليه تسليمه والتمكين من قبضه وقد حصل به؛ إلا الثمر المشترى في رؤوس شجره، فإن المشتري لا يتمكن من كمال قبضه في الحال بحيازته إليه،

وكذلك ما لا يتأتى نقله في ساعة واحدة لكثرته؛ فإنه لا ينتقل إلى ضمانه إلى المشتري إلا بعد مضي زمن يتأتى فيه نقله عادة، صرح به القاضي وغيره.

فالناقل للضمان هو القدرة التامة على الاستيفاء والحيازة، وحكم المبهم المشتري بعدد أو ذرع كذلك، وأنكر أحمد في رواية ابن منصور دخول المعدود فيه، ولعلّ مراده إذا اشترى صبرة، وأما المشاع؛ فكالمتعين؛ لأنّ تسليمه يكون على هيئة لا يقف على إفرازه، كذلك ذكره القاضي وابن عقيل، والصبرة المبتاعة كيلاً أو وزناً؛ كالقفيز المبهم عند الخرقي وأبي بكر والأكثرين؛ لأنّ علق البائع لم تنقطع منها ولم تتميز، فإن زيادتها له ونقصها عليه.

وفي «التلخيص» أن بعض الأصحاب خرج فيها وجهاً آخر بإلحاقها بالعبد والثوب بناءً على أنّ العلّة اختلاط المبيع بغيره، قال: وهو ضعيف. قال: واستثنى بعض أصحابنا منها المتعينات في الصرف؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إلا هاءً وهاء»[1]، ومراده: أنّ الشارع اعتبر له القبض، فالتحق بالمبهمات بقصد سرعة انبرام العقد فيها؛ فناسبه قطع علّق البائع عنها في الحال.

ونقل صالح[2] عن أحمد فيمن اشترى عبداً فمات في يد المبتاع: هو من مال المبتاع؛ إلا أنْ يقول المبتاع تسلمه؛ فلا يتسلمه، وظاهر هذا أنه يكون من ضمان البائع؛ إلا أنْ يمتنع المشتري من تسلمه بعد عرضه عليه، فيدخل في ضمانه.

ونقل حنبل عنه إذا عرضه البائع عليه ولم ينقده الثمن فتلف؛ فهو من مال البائع، وإن نقده الثمن وتركه عنده؛ فهو من مال المشتري.

ويلتحق بهذه المضمونات من المبيع ما اشتري بصفة أو رؤية سابقة على العقد؛ لأن الغيبة مانعة من التمكن من القبض.

فأما المبيع في مكان أو زمان يغلب فيه هلاك السلعة؛ فهل يكون مضموناً على البائع مطلقاً أم لا؟

---

(١) الحديث أخرجه البخاري (٢١٣٤،٢١٧٠،٢١٧٤)، ومسلم (١٥٨٦).

(٢) مسائل أحمد برواية صالح (١٦٢٦).

هذه مسألة تبايع الغنيمة بعد القسمة في دار الحرب، إذا غلب عليها العدو بعد ذلك، وعن أحمد في ضمانها روايتان، كذا حكى الأصحاب، ولم يفرق أكثرهم بين ما قبل القبض وبعده، وظاهر كلام ابن عقيل التفريق، وأنه قبل القبض من ضمان البائع قولاً واحداً؛ كالثمر المعلّق في رؤوس الشجر لتعرضه للآفات، وفيه نظر، فإن الثمر يتمكن المشتري من قبضه تامّاً بخلاف المبيع المعين في دار الحرب، وخص أكثر الأصحاب ذلك بمال الغنيمة؛ لأن تطلب الكفار لها شديد وحرصهم على استردادها معلوم، بخلاف غيرها من أموال المسلمين.

وحكى ابن عقيل في تبايع المسلمين أموالهم بينهم بدار الحرب إذا غلب عليها العدو قبل قبضه وجهين؛ كمال الغنيمة، فأما ما بيع في دار الإسلام في زمن نهب ونحوه؛ فمضمون على المشتري قولاً واحداً، ذكره كثير من الأصحاب؛ كشراء من يغلب على الظن هلاكه؛ كمريض ميؤوس منه، أو مرتد، أو قاتل في محاربة، أو في زمن طاعون غالب، ويحتمل في هذا أن يفرق بين التلف قبل القبض وبعده.

وأما الأعيان المملوكة بعقد غير البيع؛ كالصلح والنكاح والخلع والعتق ونحو ذلك؛ فحكمها حكم البيع فيما ذكرنا عند أكثر الأصحاب.

قال في «المغني»[1]: ليس فيه اختلاف.

وحكى أبو الخطاب ومن اتبعه رواية بأن الصداق مضمون على الزوج قبل القبض مطلقاً؛ فإنّه نصّ فيما إذا أصدقها غلاماً ففقئت عينه قبل أن يقبضه؛ أنّ عليه ضمانه.

وتأولها القاضي على أن الزوج فقأ عينه أو أنه امتنع من التسليم حتى فقئت عينه؛ فيكون ضامناً له بلا ريب.

ويمكن أن يتخرّج من هذا رواية بأنّ ضمان جميع الأعيان لا ينتقل إلا بالقبض في البيع وغيره.

وخرجها طائفة من الأصحاب رواية عن أحمد من نصه على ضمان صبر الطعام على البائع قبل القبض؛ فمن الأصحاب من تأولها على أنها بيعت كيلاً، ومنهم من أقرها رواية في المكيل

---

(١) «المغني» (٧/ ١٧٣).

والموزون وإن بيع جزافاً، ومنهم من خرج منها رواية في جميع الأعيان المتميزة، ومأخذ ذلك أن علق الملك لا ينقطع عنه بدون القبض؛ لأنّ تسليمه واجب عليه بحق العقد ولم يوجد؛ فلم تتم أحكام العقد، فكان مضموناً على المملك.

وهذه شبهة ابن عقيل التي اعتمدها في أن ضمان جميع الأعيان على البائع قبل القبض، وهي ضعيفة؛ فإن البائع عليه التمكين من القبض، وهو معنى التسليم، فإذا وجد منه؛ فقد قضى ما عليه، وأما النقل؛ فهو على المشتري دون البائع، وهو واجب عليه؛ لتفريغ ملك البائع من ملكه؛ فكيف يكون تعديه يشغل أرض المالك بملكه من غير إذنه، أو من مطالبته بتفريغه موجباً للضمان على البائع؟!

ويحتمل أن يفرق بين النكاح وغيره من العقود بأنّ المهر في النكاح ليس بعوض أصلي، بل هو شبيه بالهبة، ولهذا سماه الله نِحْلَة؛ فلا ينتقل ضمانه إلى المرأة بدون القبض؛ كالهبة والصدقة والزكاة، وهذا كلّه في الأعيان.

فأما المنافع في الإجارة؛ فلا تدخل في ضمان المستأجر بدون القبض، أو التمكّن منه إذا فوته باختياره، فإن استوفى المنافع؛ فلا كلام، وإنْ تمكّن من استيفائها بقبض العين أو تسليم الأجير الخاص نفسه؛ تلفت من ضمانه أيضاً لتمكنه من الانتفاع.

والنوع الثاني: عقود لا معاوضة فيها؛ كالصدقة والهبة والوصية.

فالوصية تملّك بدون القبض، والهبة والصدقة فيها خلاف سبق، فإذا قيل: لا يملكان بدون القبض؛ فلا كلام لكن؛ هل يكتفى بالقبض فيهما بالتخلية على رواية كالبيع، أم لا بدّ من النقل؟

جمهور الأصحاب على تسوية الهبة والرهن بالبيع في كيفية القبض، واختار صاحب «التلخيص» أنه لا يكفي التمكن ها هنا في اللزوم؛ ففي أصل الملك أولى، قال: لأنّ القبض هنا سبب الاستحقاق، بخلاف القبض في البيع، فإنّ العقد سبب لاستحقاق القبض؛ فيكفي فيه التمكن، وإن قيل: يحصل الملك بمجرد العقد؛ فلا ينبغي أن يكون مضموناً على الملك إذا تلف في يده من غير منع؛ لأنها عقود بر وتبرع؛ فلا يقتضي الضمان، وكلام الأصحاب يشهد لذلك.

وأما الوصية إذا ثبت الملك للموصى له؛ إما بالموت بمجرده من غير قبول، أو بالموت مراعى بالقبول، أو بالقبول من حينه دون ما قبله على اختلاف الوجوه في المسألة؛ فإن ضمانه من حين القبول على الموصى له من غير خلاف نعلمه إذا كان متمكناً من قبضه، وأما ما قبل القبول؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه من ضمان الموصى له أيضاً، وهو ظاهر كلام أحمد والخرقي[1]، وصرح به القاضي وابن عقيل في كتاب «العتق»، وكذلك صاحب «المغني»[2] و«الترغيب» وغيرهم، ولم يحكوا فيه خلافاً، وهذا لأنا إن قلنا: يملكه بمجرد الموت؛ إما مع القبول أو بدونه؛ فهو ملكه، فإذا تمكن من قبضه؛ كان عليه ضمانه؛ كما لو ملكه بهبة أو غيرها من العقود، وإن قلنا: لا يملكه إلا من حين القبول؛ فلأن حقه تعلق بالعين تعلقاً يمنع الورثة من التصرف فيه؛ فأشبه العبد الجاني إذا أخر المجني عليه استيفاء حقه حتى نقص أو تلف، ولأن حق الموصى له في التملك ثابت لا يمكن إبطاله؛ فكان ضمان النقص عليه وإن لم يحصل له الملك؛ كما في ربح المضاربة إذا قلنا: لا يملك إلا بالقسمة، ونصف الصداق إذا قلنا: لا يملك إلا بالتملك، والمغانم إذا قلنا: لا تملك بدون القسمة، بخلاف بقية العقود؛ فإن الحق فيها يمكن إبطاله.

والوجه الثاني: لا يدخل في ضمانه إلا بالقبول على الوجوه كلها، وهو المجزوم به في «المحرر»[3]؛ لأنه إن قيل: لا يملكه إلا من حينه؛ فواضح لأنه لم يكن قبل ذلك على ملكه، فلا يحسب نقصه عليه، وإن قيل: يملكه بالموت؛ فالعين مضمونة على التركة بدليل ما لو تلفت قبل القبول؛ فإنّها تتلف من التركة لا من مال الموصى له؛ فكذلك أجزاؤها؛ لأنّ القبول وإن كان مثبتاً للملك من حين الموت؛ إلا أن ثبوته السابق تابع لثبوته من حين القبول والمعدوم حال القبول، لا يتصوّر الملك فيه، فلا يثبت فيه ملك.

نعم، إن قيل: يملكه بمجرّد الموت من غير قبول؛ فينبغي أن يكون ضمانه عليه بكل حال؛ كالموروث.

وهذا كلّه في المملوك بالعقد، فأما ما ملك بغير عقد؛ فنوعان:

أحدهما: الملك القهري؛ كالميراث، وفي ضمانه وجهان:

أحدهما: أنه يستقر على الورثة بالموت إذا كان المال عيناً حاضرة يتمكّن من قبضها.

قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل ترك مئتي دينار وعبداً قيمته مئة دينار وأوصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد موت الرجل، وجب العبد للموصى له، وذهبت دنانير الورثة.

---

(١) انظر «المغني» (٦/ ٦٩).

(٢) «المغني» (٦/ ٧٠).

(٣) «المحرر» (١/ ٣٨٤).

وهكذا ذكر الخرقي وأكثر الأصحاب؛ لأنّ ملكهم استقر بثبوت سببه؛ إذْ هو لا يخشى انفساخه، ولا رجوع لهم بالبدل على أحد؛ فأشبه ما في يد المودع ونحوه، بخلاف المملوك بالعقود؛ لأنّه إما أن يخشى انفساخ سبب الملك فيه أو يرجع ببدله؛ فلذلك اعتبر له القبض.

وأيضاً؛ فالمملوك بالبيع ونحوه ينتقل الضمان فيه بالتمكن من القبض، فالميراث أولى.

وقال القاضي وابن عقيل في كتاب العتق، لا يدخل في ضمانهم بدون القبض؛ لأنّه لم يحصل في أيديهم ولم ينتفعوا به؛ فأشبه الدين والغائب ونحوهما ما لم يتمكنوا من قبضه، فعلى هذا إن زادت التركة قبل القبض؛ فالزيادة للورثة، وإن نقصت لم يحسب النقص عليهم، وكانت التركة ما بقي بعد النقص حتى لو تلف المال كلّه سوى القدر الموصى به؛ صار هو التركة، ولم يكن للموصى له سوى ثلثه؛ إلا أن يقال: إنّ الموصى له يملك الوصية بالموت بمجرده، أو مراعى بالقبول؛ فلا تزاحمه الورثة؛ لأن ملكه سبق استحقاقهم لمزاحمته بالنقص؛ فيختص به كما لو لم يتلف المال إلا بعد قبوله.

وعلى ذلك خرج صاحب «الترغيب» وغيره كلام أحمد في رواية ابن منصور، والأول أصح؛ لأنّ الموصى له تمكن من أخذ العين الموصى بها مع حضور التركة والتمكن من قبضها بغير خلاف، ولو لم يدخل في ضمانهم إلا بالقبض؛ لم يمكن أن يأخذ من العين أكثر من ثلثها وتوقف قبض الباقي على قبض الورثة، فكلما قبضوا شيئاً؛ أخذ من العين بقدر ثلثه، كما لو كانت التركة ديناً أو غائباً لا يتمكن من قبضه.

والنوع الثاني: ما يحصل بسبب من الآدمي يترتب عليه الملك، فإن كان حيازة مباح؛ كالاحتشاش والاحتطاب والاغتنام؛ فلا إشكال، ولا ضمان هنا على أحد سواه، ولو وكل في ذلك أو شارك فيه؛ دخل في حكم الشركة والوكالة، وكذلك اللقطة بعد الحول؛ لأنها في يده، وإن كان تعين ماله في ذمة غيره من الديون؛ فلا يتعيّن في المذهب المشهور إلا بالقبض، وعلى القول الآخر يتعين بالإذن في القبض؛ فالمعتبر حكم ذلك الإذن.

القاعدة الثانية والخمسون

في التصرف في المملوكات قبل قبضها.

وهي منقسمة إلى عقود وغيرها؛ فالعقود نوعان:

أحدهما: عقود المعاوضات، وتنقسم إلى بيع وغيره.

فأما البيع؛ فقالت طائفة من الأصحاب: التصرّف قبل القبض والضمان متلازمان، فإن كان البيع مضموناً على البائع؛ لم يجز التصرف فيه للمشتري حتى يقبضه، وإن كان قبل القبض من ضمان المشتري؛ جاز له التصرف فيه، وصرح بذلك القاضي في «الجامع الصغير» وغيره، وجعلوا العلّة المانعة من التصرف توالي الضمانات.

وفي المذهب طريقة أخرى، وهي أنه تلازم بين التصرف والضمان؛ فيجوز التصرف والضمان على البائع كما في بيع الثمرة قبل جدها؛ فإنه يجوز في أصح الروايتين، وهي مضمونة على البائع، ويمتنع التصرف في صبرة الطعام المشتراة جزافاً على إحدى الروايتين، وهي اختيار الخرقي مع أنها في ضمان المشتري، وهذه طريقة الأكثرين من الأصحاب؛ فإنهم حكوا الخلاف في بيع الصبرة مع عدم الخلاف في كونها مضمونة على البائع.

وممن ذكر ذلك ابن أبي موسى والقاضي في «المجرد» و«الخلاف» وابن عقيل في «الفصول» و«المفردات» والحلواني وابنه وغيرهم.

وصرح ابن عقيل في «النظريات» بأنه لا تلازم بين الضمان والتصرف، وعلى هذا؛ فالقبض نوعان:

قبض يبيح التصرف، وهو الممكن في حال العقد.

وقبض ينقل الضمان، وهو القبض التام المقصود بالعقد.

وقد حكى ابن عقيل وغيره الخلاف فيما يمتنع التصرف فيه قبل قبضه؛ هل هو المبهم، أو جنس المكيل والموزون وإن بيع جزافاً، أو المطعوم خاصة مكيلاً أو موزوناً كان أو غيرهما، أو

المطعوم المكيل أو الموزون؟

ونقله مهنا عن أحمد، وضعّف القاضي هذه الرواية ورجحها صاحب «المغني»[1]، ولم يذكروا في الضمان مثل ذلك.

واختار ابن عقيل المنع من بيع جميع الأعيان قبل القبض؛ معلّلاً بأنّ العقد الأول لم يتم حيث بقي من أحكامه التسليم؛ فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه، ولم يجعل الضمان ملازماً له.

وكلام القاضي في «الجامع الصغير» قد يتأول بأنه ذكر أن المتعين يجوز بيعه قبل القبض وغير المتعين لا يجوز، ثم لازم بعد ذلك بين جواز البيع والضمان، وهو صحيح على ما ذكره؛ فإنه اقتصر على ذكر جادة المذهب، وهو أن لا ضمان، ولا منع من التصرف؛ إلا في المبهم خاصة.

ومما يبين أنه لا تلازم بين التصرف والضمان: أن المنافع المستأجرة يجوز أن يؤجرها المستأجر وهي مضمونة على المؤجر الأول، والثمر المبيع على شجره يجوز بيعه على المنصوص وهو مضمون على البائع الأول، والمقبوض قبضاً فاسداً كالمكيل إذا قبض جزافاً ينتقل الضمان فيه إلى المشتري، ولا يجوز التصرف فيه قبل كيله وبيع الدين ممن هو في ذمته؛ جائز على المذهب وليس مضموناً على مالكه، وكذلك المالك يتصرف في المغصوب والمعار والمقبوض بعقد فاسد وضمانها على القابض.

والتعليل بتوالي الضمانين ضعيف؛ لأنّه لا محذور فيه، كما لو تبايع الشقص المشفوع جماعة ثم انتزعه الشفيع من الأول، وكذلك التعليل بخشية انتقاص الملك بتلفه عند البائع يبطل بالثمر المشترى في رؤوس الشجر وبإجارة المنافع المستأجرة، وبهذا أيضاً يتنقض تعليل ابن عقيل، وببيع الدين ممن هو عليه؛ لأن البائع وفَّى ما عليه بالتخلية والتميز؛ فلم يبق له علقة في العقد، وعلل أيضاً بأنه داخل في بيع ما ليس عنده، وهو شبيه ببيع الغرر لتعرضه للآفات، وهو يقتضي المنع في جميع الأعيان.

وأشار الإمام أحمد إلى أن المراد من النهي عن ربح ما لم يُضْمَن؛ حيث كان مضموناً على بائعة،

---

(١) «المغني» (٤/ ٨٧).

فلا يربح فيه مشتريه، وكأنّه حمل النهي عن الربح على النهي عن أصل البيع؛ لأنه مظنة الربح.

ويتخرّج له قول آخر: أن المنهي عنه حقيقة الربح دون البيع بالثمن الذي اشتراه به؛ فإنه منع في رواية من إجارة المنافع المستأجرة إلا بمثل الأجرة لئلا يربح فيما لم يضمن، ومنع في رواية أخرى من ربح ما اشتراه المضارب على وجه المخالفة لرب المال؛ لأنه ضامن له بالمخالفة؛ فكره أحمد ربحه لدخوله في ربح ما لم يضمنه، وأجاز أصل البيع، وأجاز الاعتياض عن ثمن المبيع قبل قبضه بقيمته من غير ربح؛ لئلا يكون ربحاً فيما لم يضمنه؛ فيخرج من هذا رواية عنه: أنّ كل مضمون على غير مالكه يجوز بيعه بغير ربح، ويلزم مثل ذلك في بيع الدين من الغريم، والتمر على رؤوس النخل، وغيرهما مما لم يضمنه البائع.

ونقل حنبل عن أحمد في بيع الطعام الموهوب قبل قبضه: لا بأس به ما لم يكن للتجارة، وهذا يدلّ على أن الممنوع في بيع الطعام قبل قبضه هو الربح والتكسب، ولا فرق في ذلك بين بيعه من بائعه وغيره، وقد نص أحمد على منع بيعه من بائعه حتى يكيله، واختلف الأصحاب في الإقالة فيه قبل قبضه؛ فمنهم من خرجها على الخلاف في كونها بيعاً أو فسخاً، فإن قيل: إنها بيع؛ لم تصح، وإلا؛ صحّت، وعن أبي بكر أنه منعها على الروايتين بدون كيل ثانٍ؛ لأنّها تجديد ملك.

ويتخرّج لنا رواية ثالثة بجواز البيع من البائع؛ لأن أحمد أجاز في رواية منصوصة عنه بيعه من الشريك الذي حضر كيله وعلمه من غير كيل آخر؛ فالبائع أولى.

وحكى القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول» في (كتاب الإجارات) روايتين في جواز بيعه قبل القبض من بائعه خاصة، وذكرا مأخذها، وهو اختلاف الروايتين عنه في بيع الدين في الذمة إذا كان طعاماً مكيلاً أو موزوناً قبل قبضه، وهذا مخالف لما ذكراه في البيع؛ فإنّهما خصّا فيه الروايتين بما في الذمة، سواء كان طعاماً أو غيره هذا في التصرف فيه بالبيع.

وأما غيره من العقود؛ فقال القاضي في «المجرد» وابن عقيل: لا يجوز رهنه ولا هبته ولا إجارته قبل القبض؛ كالبيع. ثم ذكرا في كتاب الرهن عن الأصحاب: أنّه يصح رهنه قبل قبضه؛ لأنّه لا يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، بخلاف البيع.

وفي هذا المأخذ نظر؛ لأنّ الرهن إنما يصح فيما يصح بيعه؛ لأنه يفضي إلى البيع، لكن تركه في يد البائع لا يطول غالباً، وقبضه متيسر؛ فلذلك يصح رهنه.

وعلل ابن عقيل المنْع من رهنه؛ لأنه غير مقبوض ولا متميز ولا متعين، وفيه ضعف؛ لإمكان تمييزه وقبضه.

وعلل مرة أخرى في الرهن والهبة بأن القبض شرط لهما؛ فكيف ينبني عقد من شرطه القبض على عقد لم يوجد فيه القبض؟!

وللأصحاب وجه آخر بجواز رهنه على غير ثمنه، حكاه أبو الخطاب فيما كان معيناً؛ كالصبرة، وأظنه منع منه في المبهم لعدم تأتّي القبض وهو معتبر فيه كما ذكر ابن عقيل؛ فخرج من هذا وجهان للأصحاب في سائر العقود.

ومن الأصحاب من قطع بجواز جعله مهراً معللاً بأن ذلك غرر يسير؛ فيغتفر في الصَّدَاقِ، ومنهم صاحب «المحرر»[1]، وهذا وجه ثالث.

هذا كلّه في المبيع، فأما ثمنه؛ فإن كان معيناً؛ جاز التصرف فيه قبل قبضه، سواء كان المبيع يجوز التصرف فيه قبل القبض أو لا، وصرّح به القاضي، وإن كان مبهماً؛ لم يجز إلا بعد تمييزه، وإن كان ديناً؛ جاز أن يعاوض عنه قبل قبضه.

ذكره القاضي وابن عقيل، ولم يخرجا المعاوضة على الدين، على الخلاف في بيع الدين ممن هو عليه، وقد حكيا في ذلك روايتين، والأكثرون أدخلوه في جملة صور الخلاف.

وقد نصّ أحمد على جواز اقتضاء النقدين من الآخر بالقيمة في رواية الأثرم وابن منصور وحنبل.

ونقل عنه القاضي البرتي في طعام في الذمة؛ هل يشترى به شيئاً ممن عليه فتوقف؟ قال: «فقلت له: لم لا يكون هذا مثل اقتضاء الورق من الذهب؟ فكأنه أجازه من غير أن يوضحه

---

(١) «المحرر» (٢/ ٣١).

إيضاحاً بيناً»، وهذا يشعر أن اقتضاء أحد النقدين من الآخر يجوز من غير خلاف؛ لحديث ابن عمر في ذلك[1].

والخلاف في المعاوضة عنهما بغيرهما، ولم يذكر القاضي وابن عقيل في الصرف في ذلك خلافاً.

والمعنى في ذلك أن النقدين لتقاربهما في المعنى أجريا مجرى الشيء الواحد، فأخذ أحدهما عن الآخر ليس معاوضة محضة، بل هو نوع استيفاء، وقد صرح بذلك أحمد في رواية أبي طالب؛ قال؛ ليس هو ببيع، وإنما هو اقتضاء، ولذلك لم يجز إلا بالسعر؛ لأنه لما فاتت المماثلة في القدر لاختلاف الجنس اعتبرت في القيمة، وهذا المأخذ هو الذي ذكره صاحب «المغني»[2].

ومن الأصحاب من جعل مأخذه النهي عن ربح ما لم يضمن.

وأما القاضي؛ فأجاز المعاوضة عن أحد النقدين بالآخر بما يتفقان عليه، وتأول كلام أحمد بتأويل بعيد جداً، وقد ذكرنا أن طريقة القاضي وابن عقيل في الإجارة أن ما في الذمة إذا كان مكيلاً أو موزوناً؛ لم يجز بيعه قبل قبضه لأجنبي رواية واحدة، وفي بيعه لمن هو في ذمته روايتان؛ لأنه قبل القبض مبهم غير متميز؛ فهذا الكلام في التصرف في المبيع وعوضه.

فأما غير المبيع من عقود المعاوضات؛ فهي ضربان:

أحدهما: ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه؛ مثل الأجرة المعينة والعوض في الصلح بمعنى البيع ونحوهما؛ فحكمه حكم البيع فيما سبق.

---

(١) الحديث أخرجه الترمذي (١٢٤٢)، وأبو داود (٣٣٥٥)، والنسائي (٧/ ٢٨٣)، وابن ماجه (٢٢٦٢)، وأحمد (٢/ ٣٣،٨٣،١٣٩)، والطيالسي (١٨٦٨)، والدارمي (٢/ ١٧٤)، وابن الجارود في «المنتقى» (٦٥٥)، وابن حبان، والطحاوي في «المشكل» (٢/ ٩٦)، والحاكم (٢/ ٤٤)، والبيهقي (٥/ ٢٨٤،٣١٥) ولفظه: «أتيت النبي ﷺ فقلت: رويدكَ أسالك إني أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير، وآخذ الدراهم؟ قال: لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء» ولا يصح مرفوعاً إنما ثبت عن ابن عمر من قوله كذا حكم عليه ابن حزم في «المحلى» وابن حجر في «تلخيص الحبير» والشيخ ناصر في «الإرواء».

(٢) «المغني» (٦/ ١٠٨).

وأما التصرف في المنافع المستأجرة، فإنّ كان بإعارة ونحوها؛ فيجوز لأنّ له استيفاء العوض بنفسه وبمن يقوم مقامه، وإن كان بإجارة؛ صح أيضاً بعد قبض العين ولم يصح قبلها؛ إلا للمؤجر على وجه سبق، ويصح إيجارها بمثل الأجرة وبأزيد في إحدى الروايتين، وفي الأخرى يمنع بزيادة؛ لدخوله في ربح ما لم يضمن، والصحيح الجواز؛ لأنّ المنافع مضمونة على المستأجر في وجه، بدليل أنه لو عطّلها حتى فاتت من غير استيفاء تلفت من ضمانه؛ فهي كالثمر في رؤوس الشجر؛ فهو مضمون عليه بإتلافه.

والضرب الثاني: ما لا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه؛ كالصداق وعوض الخلع والعتق والمصالح به عن دم العمد ونحو ذلك؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز التصرف فيه قبل القبض، وهو قول القاضي في «المجرد» وأبي الخطاب[١] غير أنه استثنى منه الصداق والسامري وصاحبي «المغني»[٢] و«التلخيص».

ونصّ أحمد على صحّة هبة المرأة صداقها قبل القبض، وهو تصرّف فيه، ووجه ذلك أن تلف هذه الأعواض لا تنفسخ بها عقودها؛ فلا ضرر في التصرف فيها، بخلاف البيع والإجارة ونحوهما، ومع هذا؛ فصرّح القاضي في «المجرد» بأن غير المتميز فيها مضمون على من هو بيده؛ ففرق بين التصرف والضمان ها هنا، ونسب إليه صاحب «التلخيص» أنه سوى بينهما؛ فأثبت الضمان ومنع التصرف، وهو وهم عليه.

والوجه الثاني: أن حكمها حكم البيع؛ فلا يجوز التصرف في غير المتعين منها قبل القبض، وهو الذي ذكره القاضي في «خلافه» وقال: هو قياس قول أصحابنا وابن عقيل في «الفصول» و«المفردات» والحلواني والشيرازي وصاحب «المحرر»[٣]، واختاره صاحب «المغني»[٤] في (كتاب النكاح) إلحاقاً لها بسائر عقود المعاوضات، ولا يصح التفريق بعدم الانفساخ؛ لأنّ الزبرة

---

(١) «الهداية» (١/ ٢٣٦).
(٢) «المغني» (٧/ ١٧٧).
(٣) «المحرر في الفقه» (١/ ٣٢٢).
(٤) «المغني» (٧/ ١٧٧).

الحديدة العظيمة إذا اشتريت وزناً؛ فلا يخشى هلاكها والتصرف فيها ممنوع، ومنافع الإجارة يخشى هلاكها والتصرف فيها جائز.

ورجّح الشيخ تقي الدين[1] الوجه الأول، ولكن بناه على أن علّة منع التصرف الربح فيما لم يضمن، وهو منتف ها هنا، وهو أحد المآخذ للأصحاب في أصل المسألة.

وعدّ القاضي من هذا الضرب القرض وأروش الجنايات وقيم المتلفات، ووافقه ابن عقيل على قيم المتلفات، وفيه نظر؛ فإن القرض لا يملّك بدون القبض على ما جزم به في «المجرد»، وقيم المتلفات ينفسخ الصلح عنها بتلف العوض المضمون، وكذلك أروش جنايات الخطأ بخلاف العمد؛ لأنّه لا يمكن الرجوع إلى القصاص بعد العفو عنه، وتعيين قيمة المتلف أو مثله ليس بعقد ليدخله الفسخ، ثم إنه مضمون في الذمة كالدين، وذلك لا يتعيّن في الخارج إلا بالقبض على المذهب، وألحق صاحب «التلخيص» بهذا أيضاً الملك العائد بالفسخ قبل القبض والاسترداد؛ لأنّه لا يخشى انتقاض سببه، وهذا متجه على الوجه الأول الذي اختاره.

فأما الوجه الثاني؛ فإنْ كان العقد المنفسخ عن غير معاوضة؛ صارت العين أمانة كالوديعة، فيجوز التصرف فيها قبل القبض، وإن كان عقد معاوضة؛ فهو مضمون على الأشهر، فيتوجّه أن يمنع التصرف فيه؛ لأنّ ضمانه من آثار ضمان العقد السابق؛ فيلتحق به، ويتوجه أن لا يمنع؛ كالعواري والغصوب، ولو حجر الحاكم على المفلس ثم عين لكلّ غريم عيناً من المال بحقه؛ ملكه بمجرد التعيين، ذكره القاضي في الزكاة من «المجرد»؛ فعلى هذا يتوجه أن يجوز له التصرف فيه قبل القبض.

تنبيه:

ما اشترط القبض لصحة عقده لا يصح التصرف فيه قبل القبض؛ لعدم ثبوت الملك، وقد صرّح به في «المحرر»[2] في الصرف ورأس مال السلم.

فأما إن قيل بالملك بالعقد؛ فقد حكى في «التلخيص» في الصرف المتعين وجهين؛ لأنّ انتفاء

---

(١) «الاختيارات» (٢٢٩).

(٢) «المحرر في الفقه» (١/ ٣٢٣).

القبض ها هنا يؤثر في إبطال العقد؛ فلا يصح ورود عقد آخر عليه قبل انبرامه، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور المنع في الصرف والسلم والعقود القهرية؛ كالأخذ بالشفعة يصح التصرف فيها قبل القبض، ذكره أيضاً في «التلخيص».

النوع الثاني: عقود يثبت بها الملك من غير عوض؛ كالوصية والهبة والصدقة، فأما الوصية؛ فيجوز التصرف فيها بعد ثبوت الملك وقبل القبض باتفاق من الأصحاب فيما نعلمه، وسواء كان الموصى به معيناً أو مبهماً، وسواء قلنا لنا: إنّ ردّ المبهم قبل القبض أَوْ لا، ولأنّ أكثر ما في جواز رده أنه غير لازم من جهته، وهذا لا يمنع صحّة التصرف؛ لأنّها لازمة من جهة الميت بموته؛ فهو كالبيع المشترط فيه الخيار للمشتري وحده.

وأما الهبة التي تملك بالعقد بمجرده؛ فيجوز التصرف فيها قبل القبض أيضاً، وقد نصّ أحمد عليه كما سنذكره إن شاء الله؛ لأنَّ حق الواهب ينقطع عنها بمجرد انتقال ملكه، وليست في ضمانه؛ فلا محذور في التصرف فيها بوجه.

وأما الصدقة الواجبة والتطوع؛ فالمذهب المنصوص أنّها لا تملك بدون القبض كما سبق؛ فلا كلام على هذا، وعلى التخريج المذكور يملكها قبل القبض؛ فينبغي أن يكون كالهبة.

وقد نصّ أحمد في رواية أبي الحارث وابن بختان وابن هانئ في رجل عليه دين ويريد رجل يقضيه عنه من زكاته؟ قال: يدفعه إليه. فقيل له: هو محتاج ويخاف أن يدفعه إليه يأكله. قال: يقول له حتى يوكله فيقضيه عنه. وهذا ظاهر في أنه ملك الزكاة بالتعيين والقبول، وجاز تصرفه فيها بالوكالة قبل القبض.

وكذلك نقل حنبل في «مسائله» أنّ أحمد ذكر له قول أبي سلمة: «لا بأس إذا كان للرجل طعام أمر له به سلطان أو وهب له أن يبيعه قبل أن يقبضه، والعبد مثل ذلك، والدابة يبيعها قبل أن يقبضها».

قال أحمد: لا بأس بذلك ما لم يكن للتجارة، وقوله: (إذا لم يكن للتجارة)؛ لأنّ المنع من البيع إنما كان لدخوله في ربح ما لم يضمن، وما ملكه بغير عوض؛ فلا يتصور فيه ربح، فأما لو نوى بتملكه التجارة؛ فظاهر كلامه المنع؛ لأنّه جعله من الأموال المعدّة للربح، فامتنع بيعه قبل القبض.

هذا الكلام في العقود، فأما الملك بغير عقد؛ كالميراث والغنيمة والاستحقاق من أموال الوقف أو الفيء للمتناولين منه؛ كالمرتزقة في ديوان الجند وأهل الوقف المستحقين له، فإذا ثبت لهم الملك فيه وتعيّن مقداره؛ جاز لهم التصرف فيه قبل القبض بغير خلاف أيضاً؛ لأنَّ حقهم

مستقر فيه، ولا علاقة لأحد معهم، ويد من هو في يده بمنزلة يد المودع ونحوه من الأمناء، وأما قبل ثبوت الملك؛ فله حالتان:

إحداهما: أن لا يوجد سببه؛ فلا يجوز التصرف فيه بغير إشكال؛ كتصرّف الوارث قبل موت مورثه الغانمين قبل انقضاء الحرب، ومن لا رسم له في ديوان العطاء في الرزق.

والثانية: بعد وجوب السبب وقبل الاستقرار؛ كتصرف الغانمين قبل القسمة على قولنا: إنهم يملكون الغنيمة بالحيازة، وهو المذهب الصحيح، والمرتزقة قبل حلول العطاء ونحوهم؛ فقال ابن أبي موسى: لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه ولا بيع الصك بعين ولا ورق قولاً واحداً، ومن باعه بعروض؛ جاز في إحدى الروايتين إذا قبض العروض قبل أن يتفرّقا، ومنع منه في الأخرى، ولا يجوز بيع المغانم قبل أن تقسم، ولا الصدقات قبل أن تقبض. انتهى.

فهذه أربع مسائل:

إحداها: بيع العطاء قبل قبضه، وهو رزق بيت المال.

وقد نص أحمد على كراهته في رواية أبي طالب وابن منصور[١] وبكر ابن محمد[٢]، وقال: هو شيء مغيب، لا يدرى؛ أيصل إليه أم لا، أو ما هو.

وقال مرّة: لا يدرى؛ يخرج أو لا يخرج.

وقال في رواية أبي طالب في بيع الزيادة في العطاء: قال ابن عباس:

ما يدريه ما يخرج ومتى يخرج؟! لا يشتريه.

وكرهه، وربما سمى هذا أيضاً بيع الصكاك.

ونقل حرب عن أحمد في بيع الزيادة في العطاء: لا بأس به بعرض. قلت: وما تفسيره؟ قال: هو الرجل يزاد في عطائه عشرة دنانير فيشتريها منه بعرض. قال: وسألته عن بيع الصك بالعرض. قال: لا بأس به.

وروى حرب بإسناد صحيح عن ابن عباس: أنه كان يكره بيع الزيادة في العطاء إلا بعرض، وهذه رواية ثانية بالجواز.

قال القاضي وابن عقيل: هذه الرواية فيما إذا بيع بعد حلول العطاء؛ لأنّه وقت

---

(١) «مسائل ابن منصور» (رقم ٤١).

(٢) بكر بن محمد النسائي أبوأحمد البغدادي له مسائل كثيرة عن الإمام أحمد.

الاستحقاق؛ فهو حينئذ دَين ثابت فيجوز بيعه، لكن على طريقتهما لا يجوز بيعه من غير الغريم، فرجعا وتأولا الرواية على أنه اشترى ذلك العرض بثمن مؤجل إلى وقت قبض العطاء، وكان وقته معلوماً عندهما، أو أنه أحال بثمن العرض على حقه من العطاء، ولا يخفى فساد هذا التأويل لمن تأمل كلام أحمد، وقد يكون مراد ابن أبي موسى ببيع العطاء قبل قبضه قبل استحقاق قبضه، فأما إذا استحق؛ فهو داخل في بيع الصكاك.

المسألة الثانية: بيع الصكاك قبل قبضها، وهي الديون الثابتة على الناس، وتسمى صكاكاً لأنّها تكتب في صكاك، وهي ما يكتب فيه من الرق ونحوه؛ فيباع ما في الصك، فإن كان الدين نقداً وبيع بنقد؛ لم يجز بلا خلاف؛ لأنّه صرف بنسيئة، وإن بيع بعرض وقبضه في المجلس؛ ففيه روايتان:

إحداهما: لا يجوز.

قال أحمد في رواية ابن منصور في بيع الصك: هو غرر.

ونقل أبو طالب عنه أنه كرهه، وقال: الصك لا يدرى؛ أيخرج أو لا يخرج، وهذا يدل على أن مراده الصك من عطاء الديوان.

والثانية: الجواز.

نص عليها في رواية حرب وحنبل ومحمد بن الحكم، وفرق بينه وبين العطاء وقال: الصك إنما يحتال على رجل وهو يقر بدين عليه، والعطاء إنما هو شيء مغيب لا يدرى أيصل إليه أم لا.

وكذلك نقل حنبل عنه في الرجل يشتري الصك على الرجل بالدين؛ قال: لا بأس به بالعرض إذا خرج، ولا يبيعه حتى يقبضه يعني مشتريه، وهذا يدلّ على أنه لم يجعله من ضمان مشتريه بمجرد القبض، ولا أباح له التصرف فيه؛ لأنه بمنزلة المنافع والثمر في شجره، وحاصل هذا يرجع إلى جواز بيع الدين من غير الغريم، وقد نص على جوازه كما ترى.

المسألة الثالثة: بيع المغانم قبل أن تقسم، ونص أحمد على كراهته في رواية حرب وغيره، وعلله في رواية صالح وابن منصور بأنه لا يدرى ما يصيبه، يعني أنه مجهول القدر والعين؛ وإن كان ملكه ثابتاً عليه، لكن الإمام له أن يخص كل واحد بعين من الأعيان، بخلاف قسمة الميراث.

وصح عن أبي الزبير؛ قال: قال جابر: أكره بيع الخمس من قبل أن يقسم[1].

وروى محمد بن إبراهيم الباهلي عن محمد بن زيد (يعني العبدي)، عن شهر بن حوشب،

---

(١) الأثر أخرجه ابن أبي شيبة (١٠٤٩٩، ١٠٥٢٤)، وعبدالرزاق (٩٤٨٧) في مصنفيهما.

عن أبي سعيد الخدري؛ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تشتروا الصدقات حتى تقبض، والمغانم حتى تقسم». أخرجه الإمام أحمد وابن ماجه وإسحاق بن راهويه والبزار في «مسنديهما»[(١)].

ومحمد بن زيد صالح، لا بأس به، والباهلي بصري مجهول، وشهر حاله مشهور.

وفي «سنن أبي داود» من حديث رويفع بن ثابت: أن النبي ﷺ قال: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيع مغنماً حتى يقسم». وفي الحديث طول، أخرج الترمذي بعضه وحسنه[(٢)].

وخرج النسائي من حديث ابن عباس: أن النبي ﷺ نهى عن بيع المغانم حتى تقسم[(٣)].

وخرجه أحمد وأبو داود من حديث أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ[(٤)].

وروى ابن إسحاق، عن عبد الله بن أبي نجيح، عن مكحول: أنّ النبي ﷺ نهى عن بيع المغانم حتى تقسم. مرسل[(٥)]، وهذا في حق آحاد الجيش منهي عنه، سواء باعه قبل القبض أو بعده، لأنّه قبل القبض مجهول وبعده تعدٍ وغلول؛ فإنّه لا يستبد بالقسمة دون الإمام، وأما الإمام؛ فإذا رأى المصلحة في بيع شيء من الغنيمة وقسم ثمنه؛ فله ذلك.

المسألة الرابعة: بيع الصدقات قبل القبض، ومأخذه أن الصدقة لا تملك بدون القبض.

---

(١) الحديث أخرجه الترمذي (١٥٦٣)، وابن ماجه (٢١٩٦)، وأحمد (٣/ ٤٢)، وابن أبي شيبة (١٠٩٠٩). والبيهقي في سننه (٥/ ٣٣٨) والحديث ضعيف فيه ثلاثة علل: محمد بن إبراهيم الباهلي مجهول، ومحمد ين يزيد مقبول، وشهر بن حوشب ضعيف. ولهذا الحكم عليه الترمذي بالغرابة وهي أمارة على الضعف كما قال الحافظ العراقي.
لكنّ للحديث شواهد كثيرة.

(٢) الحديث أخرجه أبوداود (٢١٥٨، ٢١٥٩)، والترمذي (١١٣١)، وأحمد (٤/ ١٠٨-١٠٩)، وابن سعد (٢/ ١١٤-١١٥)، و الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٥١)، وابن حبان (٤٨٥٠)، والطبراني في الكبير (٤٤٨٢- ٤٤٨٨)، والبيهقي في السنن (٩/ ٦٢).
وسند حسن، كما قال الحافظ ابن حجر في الفتح (٦/ ١٨٥) قائلاً: إسناده قوي.

(٣) الحديث أخرجه النسائي في المجتبى (٧/ ٣٠١)، وفي الكبرى (٦٢٤٠)، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٣٣٢٨)، والطبراني في الكبير (١١٠٦٧، ١١١٤٥، ١١١٤٦) والحاكم (٢/ ٤٠)، والبيهقي (٥/ ٣٣٨) (٦/ ٣٣٨-٣٣٩)، والدارقطني (٣/ ٦٨)، وأبويعلى (٢٤١٤). والحديث صحيح.

(٤) الحديث بهذا الطريق أخرجه أبوداود (٣٣٦٩)، وأحمد (٢/ ٤٥٨، ٤٧٢)، وابن أبي شيبة وسنده ضعيف، وروي مرفوعاً، رواه ابن زنجويه في «الأموال» (١٥٩٥) موقوفاً وسنده صحيح ولعله هو الأشبه.

(٥) الحديث أخرجه أبوداود في المراسيل (١١٦)، وعبدالرزاق (٩٤٨٩)، وابن أبي شيبة (١٠٥١٢) في مصنفيهما، والبيهقي في السنن (٤/ ١٥٠) وسنده مرسل ضعيف.

وفي «مصنف عبد الرازق» عن ابن جريج، عن موسى بن عقبة، عن غير واحد: أن النبي ﷺ نهى أن تباع الصدقة حتى تعقل وتوسم[1].

وعن يحيى بن العلاء البجلي، عن جهضم بن عبد الله، عن محمد بن زيد، عن شهر بن حوشب؛ قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصدقات حتى تقبض[2]. وهذا المرسل أشبه من المسند السابق.

فأما على القول بملكها بمجرد القبول إذا تعينت من غير قبض؛ فقد مرّ نص أحمد بجواز التوكيل فيها، وهو نوع تصرف؛ فقياسه سائر الصدقات، وتكون حينئذ كالهبة المملوكة بالعقد.

وأما إذا عينها المالك من ماله وأفردها؛ فلا يصير بذلك صدقة، ولا يخرج عن ملكه بدون قبض المستحق أو قبوله، وقد نص أحمد على أنها إذا تلفت بعد تعيينها؛ لم تبرأ ذمته من الزكاة.

وأما إن كانت صدقة تطوع؛ فاستحب إمضاءها، وكره الرجوع فيها، ونقل عنه ما يدل على خروجها عن ملكه بمجرد التعيين، نقل عبد الله عنه أنه قال: «كل شيء جعله الرجل لله يمضيه ولا يرجع في ماله»، وذلك أنه قد خرج من ملكه؛ فليس هو له من صدقة أو معروف أو صلة رحم، وإن كان قليلاً أمضاه.

ونقل عنه حبيش بن سندي في رجل دفع إلى رجل دراهم، فقال له: تصدّق بهذه الدراهم. ثم إنّ الدافع جاء فقال: ردّ عليَّ الدراهم؛ ما يصنع المدفوع؟ يردها عليه؟ قال: لا يردها عليه، يمضيها فيما أمره به.

ونقل جعفر بن محمد معناه، وحمل القاضي ذلك على الاستحباب، قال ابن عقيل: لا أعلم للاستحباب وجهاً. وهو كما قال، وإنما يتخرّج على أن الصدقة تتعين بالتعين؛ كما يقول في الهدي والأضحية: أنه يتعين بالقول بغير خلاف.

وفي تعيينه بالنية وجهان، فإذا قال: هذه صدقة؛ تعَينت وصارت في حكم المنذورة، وصرّح

---

(١) الحديث أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٦٨٩٩)، وابن أبي شيبة (١٠٥١٥)، وهو معضل ضعيف.

(٢) الحديث أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٦٩٠٠) وسنده ضعيف جداً ففيه يحيى بن العلاء.

به الأصحاب، لكن هل ذلك إنشاء منه للنذر أو إقرار به.

فيه خلاف بين الأصحاب، وإذا عين بنيته أن يجعلها صدقة وعزلها عن ماله؛ فهو كما لو اشترى شاة ينوي التضحية بها، ولا يلزم من ذلك سقوط الزكاة عنه بتلفها قبل قبض المستحق أو الإمام؛ لأنّا إنْ قلنا: الزكاة في الذمة؛ فهو كما لو عين عن هدي واجب في الذمة هدياً، فعطب؛ فإنه يلزمه إبداله، وإن قلنا: في العين؛ فلا يبرأ منها لفوات قبض المستحق أو من يقوم مقامه، وإيصاله إليه أيضاً واجب عليه؛ فلا يبرأ بدونه، ولا يكتفي فيه بالتمييز ولو حصل التمكين من القبض؛ لأنَّ فعل الدفع واجب عليه؛ فكيف إذا لم يحصل التمكين؟! والله أعلم.

القاعدة الثالثة والخمسون

مَن تصرّف في عين تعلق بها حق لله تعالى أو لآدمي معين؛ إن كان الحق مستقرا فيها بمطالبة مَن له الحق بحقه أو يأخذه بحقه؛ لم ينفذ التصرف وإن لم يوجد سوى تعلق الحق لاستيفائه منها.

صح التصرف على ظاهر المذهب، وقياس قول أبي بكر لا يصح؛ حيث قال: لا يصح وقف الشفيع ولا رهن الجاني. وكلامه في «الشافي» يدل على أن التصرف فيما وجبت فيه الزكاة لا يصح في قدرها.

وكذلك اختار أبو الخطاب في «الانتصار»: أنّه لا يصح التصرف في الجاني بالبيع؛ لتعلّق الحق بعينه، فإن فداه السيد؛ كان افتكاكاً له، وسقط الحق المتعلّق به، كما لو وفى دين الرهن.

والمذهب الأول؛ وهو الفرق بين أن يثبت استحقاق يتعلق بالعين وبين أن يترتب على الثبوت مقتضاه بالأخذ بالحق أو بالمطالبة به؛ فالأول ملك أن يتملّك، والثاني تملّك أو طالب بحقه الذي لا يمكن دفعه عنه، وهو شبيه بالفرق بين المفلس قبل الحجر عليه وبعده؛ فالفلس مقتض للحجر والمنع من التصرف، ولا يثبت ذلك إلا بالمطالبة والحكم.

ويتخرّج على هذه القاعدة مسائل كثيرة[1]:

---

(١) **ابن عثيمين:** (خلاصة هذه القاعدة أنه إذا تصرف الإنسان في عين تعلق بها حق لله أو حق لآدمي، مثال الذي تعلق بها حق لله: كالمال الذي وجبت فيه الزكاة، ومثال الذي تعلق به حق لآدمي: كالمرهون؛ فإن مالي الذي رهنته عند زيد تعلّق به حق زيد؛ فهل تصرفي في هذا المال الذي تعلّق به حق لله أو حق لآدمي؛ هل هو صحيح أو غير صحيح؟
هذا هو عنوان القاعدة، والمؤلف يقول: إن كان الحق مستقراً لمطالبة من له الحق أو بأخذه بحقه؛ لم ينفذ التصرف، وإن لم يوجد سوى تعلّق الحق؛ فإنّ التصرف ينفذ، مثاله: أنا عندي مال وجبت فيه الزكاة نصف العشر، وهو الزرع، وبعته؛ فهل نقول: إن بيعي لهذا المال صحيح، أو يصح إلا فيما يقابل الزكاة وهو نصف العشر؟
المذهب أن البيع يصح، وقياس قول أبي بكر من الحنابلة: لا يصح البيع، وهل يضمن الزكاة أو تسقط؟
يضمن الزكاة، ولا تسقط، ولو سقطت؛ لكان كل واحد عليه زكاة باع المال، والرهن هل يصح بيعه أو لا؟
المذهب: إن كان المرتهن قد قبضه؛ فالبيع لا يصح، وإن كان لم يقبضه؛ فالبيع صحيح، والصحيح في هذه المسألة أنّ كلّ ما تعلّق به حق لآدمي معين؛ فإنه لا يصح التصرف فيه؛ لأنّ في ذلك إسقاطاً لحق الآدمي وحق الآدمي ليس فيه مسامحة وعفو كحق الله عز وجل، وعلى هذا؛ فبيع الرهن لا يصح، سواء قبضه المرتهن أم لم يقبضه) ا.هـ

منها: التصرف في المرهون ببيع أو غيره مما لا سراية له لا يصح؛ لأنّ المرتهن أخـذ بحقـه في الرهن من التوثق والحبس وقبضه، وحكم له به؛ فهو بالنسبة إلى الرهن كغرماء المفلس المحجور عليه، وأما العتق؛ فإنما نفذ لقوته وسرايته كما نفذ حج المرأة والعبد بدون إذن السيد والـزوج، حتى أنهما لا يملكان تحليلهما على إحدى الروايتين؛ لقوة الإحرام ولزومـه، ولهـذا ينعقـد مـع فساده ويلزم إتمامه[1].

ومنها: الشفيع إذا طالب بالشفعة لا يصح تصرف المشتري بعد طلبه؛ لأنّ حقه تقرر وثبت، وقبل المطالبة إنما كان له أن يتملك، والمطالبة إما تملك على رأي القاضي وإمـا مؤذنـة بـالتملك ومانعة للمشتري من التصرف؛ إذ تصرف المشتري إنما كان نافذاً لـترك الشفيـع الاحتجـار عليـه والأخذ بحقه، وقد زال، فإنْ نهى الشفيع المشتري عن التصرف ولم يطالب بها؛ لم يصـر المشـتري ممنوعاً، بل تسقط الشفعة على قولنا: هي على الفور، ذكره القاضي في «خلافه»[2].

ومنها: إذا حلّ الدين على الغريم وأراد السفر، فإن منعه غريمه من ذلك؛ لم يجز له السـفر، وإن فعل؛ كان عاصياً به لأنّه حبسه، وله ولاية حبسه لاستيفاء حقه؛ كالمرتـهن في الرهـن، وإن لم يمنعه؛ فهل له الإقدام على السفر؟

ذكر ابن عقيل فيه وجهين:

أحدهما: يجوز؛ لأن الحبس عقوبة لا تتوجه بدون الطلب والإلزام.

والثاني: لا؛ لأنه يمنع بسفره حقّاً واجباً عليه، لا لثبوت الحبـس في حقـه؛ بـل لمـا يلـزم في سفره من تأخير الحق الواجب عليه.

---

(١) **ابن عثيمين:** (التصرف في الرهن لا يصح؛ لا ببيع ولا هبة ولا وقف ولا رهن آخر، إنما ينفذ عتق المرهون ويصح مع الإذن، والصحيح أنه لا ينفذ أيضاً؛ لأنّ العتق قربى؛ فلا ينال بالمعصية، فإذا كان لا يجوز بيع العبـد المرهـون؛ فـلا يجـوز أيضاً عتقه لأنّ في كل منهما تفويت حق المرتهن، وقولهم: إن للعتق قوة وسراية، لكن إذا أنفذناه أبطلنا حق المرتهن، وقد قال الله عز وجل: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾ [الإسراء:٣٤]، وقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة:١]) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (الشفعة معناه أن الإنسان إذا باع نصيبه على شخص فلشريكه أن يطالب المشتري بأخذ هذا الشـرط مثل المشتري لنفرض أنه باع نصيبه أو وقفه أو وهبه تقول له ذلك إلا إذا طالب الشفيع وهو الشريك في الشفعة فإنه ليس له الحق في أن يتصرف فيه) ا.هـ

ومنها: المفلس إذا طلب البائع منه سلعته التي يرجع بها قبل الحجر؛ لم ينفذ تصرفه، نص عليه.

قال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن المفلس: هل يجوز فعله فيما اشترى قبل أن يطلب البائع منه مما بايع المشتري عليه؟ فقال: إن أحدث فيه المشتري عتقاً أو بيعاً أو هبة؛ فهو جائز ما لم يطلب البائع ذلك، وذلك أن الحديث قال: «هو أحق به»[1]؛ فلا يكون أحق به إلا بالطلب، فلعله أن لا يطلبه. قلت: أرأيت إن طلبه منه، فلم يدفعه إليه؟ قال: فلا يجوز بيعه ولا هبته ولا صدقته بعد الطلب.

ونقل عنه إسماعيل أيضاً كلاماً يدل على أن مطالبة البائع تثبت؛ إما بتفليس الحاكم، أو باشتهار فَلَسِهِ بين الناس.

وكذلك نقل عنه محمد بن موسى النهرتيري[2] أن اشتهار فلسه بظهور أماراته يمنع نفوذ تصرفاته مطلقاً[3].

ومنها: لو وجد مضطراً وعنده طعام فاضل، فبادر فباعه أو رهنه؛ هل يصح؟

قال أبو الخطاب في «الانتصار» في الرهن: يصح، ويستحق أخذه من يد المرتهن والبائع مثله. ولم يفرق بين ما قبل الطلب وبعده، والأظهر أنه لا يصح بيعه بعد الطلب؛ لوجوب الدفع، بل ولو قيل: لا يصح بيعه مطلقاً مع علمه باضطراره؛ لم يبعد لأنّ بذله له واجب بالثمن، فهو كما لو طالب الشفيع بالشفعة وأولى؛ لأنّ هذا يجب بذله ابتداءً لإحياء النفس، وقد يفرق بأن الشفيع حقه منحصر في عين الشقص، وهذا حقه في سد الرمق، ولهذا كان إطعامه فرضاً على الكفاية، فإذا نقله إلى غيره؛ تعلق الحق بذلك الغير ووجب البدل عليه.

---

(١) الحديث أخرجه البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩) ولفظه: «من وجد ماله عند رجل قد أفلس فهو أحق به»

(٢) في الأصل (الزبداني) ولم أجد مَنْ لقبه هكذا، بل المشهور من أصحاب أحمد هو محمد بن موسى بن أبي موسى النهرتيري (ت٢٨٩هـ) له مسائل كبار عن أحمد.

(٣) **ابن عثيمين**: (القول الراجح عندي أنه إذا كان يُضِرُّ صاحب العين؛ فلا يجوز التصرف، مثاله: أنا بعت على هذا الرجل سيارة بثمن مؤجل على أن الرجل غنيٌّ، ثم إن الرجل تبيَّن أن ديونه أكثر من موجوداته؛ فالسيارة التي لي وعليه ثمنها أنا أحق بها من غيري؛ فلي أن آخذها ولو لم يكن عنده إلا هي؛ لقوله ﷺ: «من وجد ماله عند رجل قد أفلس؛ فهو أحق به»؛ فانا أحق من غيري بهذه السيارة، والمذهب أن له التصرف في هذه السيارة ما لم يحجر عليه القاضي.

والقول الثاني: يحرم عليه التصرف فيها، وهو الصحيح، لأن كلَّ من دينُه كمالِه أو أكثر؛ فإنه لا يجوز أن يتصرف بماله تصرفاً يضرُّ بالغرماء، فإذا كان عند الإنسان دين ألف وليس عنده من المال إلا ثمان مئة؛ فإنه لا يجوز له أن يتصدق منها بشيء إلا إن كانت زكاة واجبة؛ لأن وفاء الدين واجب، والتصدق تطوع مستحب المدين عله زكاة) ا.هـ

وأما ما تعلق به حق مجرد؛ فيندرج تحته مسائل متعددة[1]:

منها: بيع النصاب بعد الحول؛ فإنه يصح، نص عليه؛ لأنّ الوجوب إنْ كان متعلّقاً بالذمة وحدها؛ فلا إشكال، وإن كان في العين وحدها؛ فليس بمعنى الشركة ولا بمعنى انحصار الحق فيها، ولا تجوز المطالبة بالإخراج منها عيناً مع وجود غيرها؛ فلا يتوجّه انحصار الاستحقاق فيها بحال[2].

ومنها: بيع الجاني، يصح في المنصوص، وهو قول أكثر الأصحاب، وسواء طالب المجني عليه بحقه أم لا؛ لأن حقه ليس في ملك العبد، ولو كان كذلك؛ لملكه ابتداءً، وإنما وجب له أرش جنايته، ولم نجد محلاً يتعلّق به الوجوب سوى رقبة العبد الجاني؛ فانحصر الحق فيها بمعنى الاستيفاء منها، فإن رضي المالك ببذله؛ جاز، وإلا؛ فإنّما له أقل الأمرين من قيمة الجاني أو أرش جنايته، فأيُّهما بُذِل له؛ لزمه قَبولُه، والمطالبة منه إنما تتوجه بحقه، وحقه هو أرش الجناية لا ملك رقبة العبد على الصحيح، فلا يتوجه المنع من التصرف فيه؛ لأن تسليمه إليه لم يتعين.

ومنها: من ملك عبداً من الغنيمة، ثم ظهر سيده، وقلنا: حقه ثابت فيه بالقيمة، فباعه المغتنم قبل أخذ سيده؛ صح، ويملك السيد انتزاعه من الثاني، وكذلك لو رهنه؛ صح ويملك السيد انتزاعه من المرتهن، ذكره أبو الخطاب في «الانتصار» أيضاً ولم يفرّق بين أن يطالب بأخذه

---

(١) **ابن عثيمين:** (صورة المسألة إنسان عنده طعام، وهناك رجل مضطر للطعام؛ فهل يجوز لمن عنده الطعام أن يبيعه مع وجود المضطر أو لا؟

يقول المؤلف: إن كان هذا المضطر قد طلب الطعام؛ فلا يجوز أن يبيعه؛ لأنه بعد الطلب تعيّن حقه فيه، وإن لم يطالب؛ فيجوز، ولكن المؤلف يميل إلى أنه لا يجوز مطلقاً؛ لأنه قد تعلّق به حق الغير؛ إذ يجب عليّ أن أدفع هذا المال إلى المضطر، سواء طلب أو لم يطلب، والفرق بينه وبين الشفيع أنّ الشفيع لا يتعلّق حقه بهذا المبيع إلا بعد الطلب، خلاف هذا أن كل إنسان مضطر فإنه يطالب ما عند الإنسان المستغني، إما بلسان الحال أو بلسان المقال ثم قال قد يفرق بأن المضطر يتعلق حقه في عين المال سواءً عند بائعه أو عند مشتريه وأنه ينتقل استحقاقه مع هذا المال وإن انتقل إلى المشتري بخلاف الشفيع والذي يظهر ما ذهب إليه المؤلف من عدم جواز البيع مطلقاً) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (يجوز للإنسان أن يبيع المال الذي وجبت فيه الزكاة بعد الحول، فإذا قال قائل: كيف يجوز ذلك وقد تعلّق به حق الفقراء؟ فإذا قلنا: إن الزكاة واجبة في الذمة؛ فإن الزكاة لم تتعلق بهذا المال، وإن قلنا: إنها واجبة في المال كما هو الصحيح؛ فإن تعلقها بالمال تعلّق ناقص لأنّه ليس تعلّق مشاركة؛ لأنّ الفقراء ليسوا مشاركين لك، فلو كانوا مشاركين لك؛ لكان لا يجوز أن تعطيهم من غير هذا المال مع أنه يجوز أن تعطيهم من غير هذا المال، فإذا قدرنا أن عندك تمراً يبلغ النصاب؛ فإنه يجوز أن تعطي الفقراء من غير هذا التمر، ولو كانوا شركاء ما أعطيتهم، وأيضاً الحق لا ينحصر في هذا العين، بل يجوز أن تخرجه من أي مصدر كان، وعليه؛ فيجوز للإنسان أن يبيع النصاب بعد تمام الحول ولا إثم عليه) ا.هـ

أو لا، والأظهر أن المطالبة تقطع التصرف؛ كمطالبة الشفيع.

ومنها: تصرف الورثة في التركة المعلق بها حق الغرماء، وفي صحته وجهان، أصحهما الصحة، وعلى المنع ينفذ بالعتق؛ كالرهن، واختار ابن عقيل في «نظرياته»: أنه لا ينفذ إلا مع يسارهم؛ لأنّ تصرفهم تبع لتصرّف الموروث في مرضه، وهذا متوجه على قولنا: إن حق الغرماء تعلق بالتركة في المرض[1].

ومنها: تصرف الزوجة في نصف الصداق بعد الطلاق إذا قلنا: لم يدخل في ملك الزوج قهراً؛ فهذا. قال صاحب «الترغيب»: يحتمل وجهين؛ لتردده بين خيار البيع وبين خيار الواهب[2].

ومنها: تصرف من وهبه المريض ماله كلّه في مرضه قبل موته؛ فيجوز، وينفذ حتى لو كان أمة كان له وطؤها، ذكره القاضي في «خلافه»، واستبعده الشيخ تقي الدين[3]؛ لأنه يتوقف على إجازة الورثة؛ فكيف يجوز قبلها؟!

وقد يقال: هو في الظاهر ملكه بالقبض، وموت الواهب وانتقال الحق إلى الورثة مظنون؛ فلا يمنع التصرف[4].

---

(١) **ابن عثيمين**: (لا شك أن قول ابن عقيل قوي جداً، وهو أن الورثة يُمنعون من التصرف في تركة المدين إلا إذا كانوا موسرين؛ لأنهم إذا تصرفوا بها وهم معسرون؛ كان ذلك سبباً لضياع حق الغرماء وانشغال ذمة الميت، أي أنه لا يجوز للورثة أن يتصرفوا في التركة إذا كان الميت مديناً إلا إذا كانوا موسرين؛ لأنهم إذا تصرفوا وهو موسرون أمكننا أن نرجع عليهم ونأخذ من أموالهم، وهذا لا يمكن حال الإعسار) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (المرأة إذا طلقت قبل الدخول تستحق نصف المهر فإذا تصرفت بنصف الصداق وإذا قلنا لم يدخل في ملك الزوج قهراً فإن في صحة التصرف وجهين قيل إنه يصح ولا يصح والصحيح أنه لا يصح كما إذا قلنا أنه يدخل في ملك الزوج قهراً لأنه لما طلقها الزوج صار نصف المهر له فلا يصح أن تتصرف فيه) ا.هـ

(٣) «الاختيارات» (١٩٣).

(٤) **ابن عثيمين**: (قوله: «وموت الواهب وانتقال الحق إلى الورثة مظنون» المقصود موت الواهب قبل الورثة مظنون، وإلا؛ فإنه ميت لا محالة، والمريض إذا وهب ماله كلّه؛ فإن ما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة؛ فالقاضي يقول: يجوز للموهوب له أن يتصرف فيما وُهب له؛ وإن كان موقوفاً على إجازة الورثة، وشيخ الإسلام يقول: لا يجوز؛ لأن للورثة حقاً فيما زاد على الثلث؛ فلا يتصرف لأنه ربما يضرهم، وعقب ابن رجب على كلام شيخ الإسلام بقول: هذا الموهوب له ملك الهبة بالقبض، وكون المال ينتقل إلى الورثة أمر مظنون؛ لأن هذا المريض قد يُشفى وقد يموت الورثة قبله؛ فتعلق حق الورثة بهذا المال ليس أمراً متيقناً، ولكن الظاهر ما ذهب إليه شيخ الإسلام؛ لأن العمل على الظاهر، واحتمال موت الواهب قبل الورثة هو الظاهر، وإذا كان ذلك؛ فكيف يُمكن هذا الموهوب بالتصرف في المال وهو لا يستحق إلا الثلث إن مات الواهب والخروج من هذا المأزق أن يجمع المريض الورثة ويستجيزهم في إمضاء الهبة؟! فإذا أذنوا فالصواب أن أذنهم معتبر لأنه إن كان حق فهم أهل الحق وإن لم يكن لهم حق بأن ماتوا قبل الواهب فلا أذن لهم أصلاً) ا.هـ

وأما تصرف المشتري في مدة الخيار له وللبائع؛ فالمنصوص عن أحمد: أنه موقوف على إمضاء البيع، وكذلك ذكره أبو بكر في «التنبيه»، وهو ظاهر كلام القاضي في «خلافه»؛ لأنه تصرف في خالص ملكه، ولم يتعلق به سوى حق البائع في الفسخ، وقد زال، فأشبه تصرف الابن فيما وهبه له الأب؛ غير أن تصرف الابن لا يقف على إمضاء الأب؛ لأنّ حق الأب في الفسخ يسقط بانتقال الملك، ولأنّ تسلّط الأب على الرجوع لم يكن لبقاء أثر ملكه، بل هو حق ثابت بالشرع مع ثبوت ملك الولد واستقراره؛ فلا يمنع التصرّف[1].

وطَرْدُ هذا في كل من تَصَرَّفَ في ماله وقد تعلق به حق غيره لا يبطل من أصله؛ كتصرف المريض فما زاد على ثلث ماله؛ فإنه يقف على إمضاء الورثة، وعتق المكاتب لرقيقه يقف على تمام ملكه بالعتق، ذكره أبو بكر في «الخلاف».

وكذا ذكره أبو الخطاب في «الانتصار» في مسألة إجارة الورثة: أن تصرف الراهن يصح ويقف على إجازة المرتهن، وذكر الشيخ مجد الدين أن هذا قول من يقول بوقف تصرف الفضولي.

وذكر أبو الخطاب أيضاً أن تصرف المشتري في الشِّقْصِ المشفوع يصح ويقف على إجارة الشفيع[2].

---

(١) **ابن عثيمين:** (الفرع الأول: تصرف المشتري للمبيع إذا كان الخيار له وللبائع نقول هذا لا يجوز لأنه إسقاط لحق البائع ولكن الإمام أحمد قال إنه موقوف على إمضاء البيع فإذا أمضاه تبين صحة التصرف وإن لم يمضه لم يصح التصرف وهذا الذي قاله الإمام أحمد جيد بلا شك لأن الحق للبائع فإن مضى البيع زال المحذور أما الخيار فللمشتري وحده فتصرفه جائز ولا بأسه به وبهذا التصرف إسقاط لخياره) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (التصرف في جميع هذه الفروع التي ذكرها فيما يتعلق به حق الغير صحيح، ويقف على الإجازة، وهذا ما يُعرف عند العلماء بتصرف الفضولي) ا.هـ

القاعدة الرابعة والخمسون

من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف غيره فيها؛ فهل يجوز للمتصرف فيها الإقدام على التصرف المسقط لحق غيره قبل استئذانه أم لا؟

هذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الحق الذي يسقط بالتصرف قد أخذ به صاحبه وتملكه.

والثاني: أن يكون قد طالب به صريحاً أو إيماءً.

والثالث: أن يثبت له الحق شرعاً ولم يأخذ به ولم يطالب به.

فأما الأول؛ فلا يجوز إسقاط حقه ولو ضمنه بالبدل؛ كعتق العبد المرهون إذا قلنا بنفوذه على المشهور من المذهب؛ فإنه لا يجوز، ذَكَره غير واحد من الأصحاب، منهم القاضي وابن عقيل وصاحب «الكافي»[1]، مع أن عتقه يوجب ضمان قيمته يكون رهناً؛ لأن فيه إسقاطاً لحقه القائم في العين بغير رضاه، وكذلك إخراج الرهن بالاستيلاد محرم، ولأجله منعنا أصل الوطء.

وكذلك ينبغي أن يكون عتق المفلس المحجور عليه إذا نفذناه؛ لأنّ غرماءه قد قطعوا تصرفه فيه بالحجر وتملكوا المال، وقد ذكره ابن عقيل أيضاً في تبذيره قبل الحجر، وذكر القاضي في «خلافه»: أن ظاهر كلام أحمد جواز عتق الراهن؛ كاقتصاصه من أحد عبيده المرهونين إذا قتله الآخر، ولم يذكر بذلك نصّاً، ولعله أخذه من قوله بنفوذ العتق ولا يدل.

وأما اقتصاص الراهن من العبد المرهون أو من قاتله؛ فقد صرّح القاضي ها هنا وابن عقيل بأنه لا يجوز؛ لأنّ فيه تفويتاً لحق المرتهن من عين الرهن أو قيمته الواجبة له؛ فأوجبنا على الراهن قيمته تكون رهناً.

وصرحا أيضاً بأن العتق ها هنا لا يجوز، وإنما ذكرا جوازه في مسألة العتق، وظاهر كلام أحمد جواز القصاص؛ فيكون الفرق بين القصاص والعتق أن وجوب القصاص تعلّق بالعبد

---

(١) «الكافي» (٢/ ١٤٣).

تعلقاً يقدم به على حق المرتهن، بدليل أن حق الجاني مقدّم على المرتهن لانحصار حقه فيه، بخلاف المرتهن، وهذا مفقود في العتق.

وأما الثاني؛ فلا يجوز أيضاً، ومنه خيار البائع المشترط في العقد لا يجوز للمشتري إسقاطه بالتصرف في المبيع، وإن قلنا: إن الملك له؛ فإنّ اشتراطه الخيار في العقد تعريض بالمطالبة بالفسخ.

وأما الثالث؛ ففيه خلاف، والصحيح أنه لا يجوز أيضاً، ولهذا لم يجز إسقاط خياره الثابت في المجلس بالعتق ولا غيره، كما لو اشترطه.

ويندرج في صور الخلاف مسائل:

منها: مفارقة أحد المتبايعين الآخر في المجلس بغير إذنه خشية أن يفسخ الآخر، وفيه روايتان:

إحداهما: يجوز؛ لفعل ابن عمر[1].

والثانية: لا يجوز؛ لحديث عَمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ قال: «ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله»[2]، وهو صريح في التحريم، وهو اختيار أبي بكر وصاحب «المغني»[3].

ومنها: تصرُّف المشتري في الشِّقْص المشفوع بالوقف قبل الطلب ينبغي أن يخرج على الخلاف في التي قبلها، وصرح القاضي بجوازه، وظاهر كلامه في مسألة التحيل على إسقاط الشفعة تحريمه، وهو الأظهر، ويدل عليه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الشريك حتى يعرض على شريكه ليأخذ أو يذر[4]، مع أن حقه من الأخذ لا يسقط بذلك؛ فالأولى أن ينهى عما يسقط حقه بالكلية.

---

(١) أثر ابن عمر ذكره البخاري (٢١٠٧)، ومسلم (١٥٣١) بعد حديث (إن المتبايعين بالخيار) قال: وكان ابن عمر إذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه.

(٢) الحديث أخرجه أبوداود (٣٤٥٦)، والترمذي (١٢٤٧)، والنسائي (٧/ ٢٥١-٢٥٢)، وأحمد (٢/ ١٨٣)، والدارقطني (٣/ ٥٠)، والبيهقي (٥/ ٢٧١) وسنده حسن وله شواهد.

(٣) «المغني» (٤/ ٧).

(٤) الحديث أخرجه مسلم (١٦٠٨).

ومنها: وطء العبد زوجته الأمة إذا عتقت ولم تعلم بالعتق ليسقط اختيارها للفسخ، الأظهر تخريجه على الخلاف أيضاً، وقال الشيخ مجد الدين في «تعليقه على الهداية»: قياس مذهبنا جوازه. وفيما قاله نظر.

ومنها: تصرف الزوجة في نصف الصداق إذا طلق الزوج قبل الدخول، وقلنا: لم يملكه قهراً؛ فإنه لا يجوز، صرّح به في «المحرر»[1]، فأما تصرف أحد المتبايعين فيما بيده من العوض إذا استحق الآخر ردّ ما بيده بعيب أو خلف في صفة؛ فيجوز، ذكره القاضي في «خلافه»؛ لأن تصرفه لا يمنع حق الآخر من رد ما بيده، فإذا ردَّهُ؛ استحقَّ الرُّجوع بالعوض الذي بدله إن كان باقياً، وإلا؛ رجع ببدله، وقياس هذا أن للبائع التصرف في الثمن في مدة الخيار، وظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم أن للبائع التصرف في الثمن في مدة الخيار؛ إلا أن يتخذ حيلة على أن يقرض غيره مالاً ويأخذ منه ما ينتفع به على صورة البيع ويشترط الخيار ليرجع فيه، وإن كان على غير وجه الحيلة؛ فيجوز، ولم يمنعه من التصرف في الثمن.

(١) «المحرر» (٢/ ٣٣).

القاعدة الخامسة والخمسون

مَن ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد؛ هل يكون تصرفه تملكاً أم لا؟ وهل ينفذ تصرفه أم لا؟

المشهور من المذهب أنه لا يكون تملكاً، ولا ينفذ، وفي بعض صورها خلاف.

ومن صور المسألة: البائع بشرط الخيار إذا تصرّف في المبيع؛ لم يكن تصرفه فسخاً ولم ينفذ، نص عليه، وقال في رواية ابن القاسم: لا يجوز عتق البائع؛ لأنه غير مالك له في ذلك الوقت، إنما له فيه خيار، فإذا اختاره ثم أعتقه؛ جاز، فأما دون أن يرد البيع؛ فلا.

واختلف الأصحاب في المسألة على طرق:

أحدها: أنه لا يكون فسخاً رواية واحدة، وإنما ينفسخ بالقول، وهي طريقة أبي بكر والقاضي في «خلافه» وصاحب «المحرر»[1]، وهي أصح، وقد نص أحمد على أن بيعه ليس بفسخ في رواية إسماعيل بن سعيد[2]، ونص على أنه إذا وطئ؛ فعليه الحد في رواية مُهنًّا.

والطريقة الثانية: أن المسألة على روايتين، وهي طريقة القاضي في «كتاب الروايتين»[3] وأبي الخطاب وابن عقيل وصاحب «المغني»[4]، ورجّح أنه فسخ؛ لأن ملك المشتري في مدة الخيار غير مستقر؛ فينفسخ بمجرد تصرف البائع، بخلاف بائع المفلس؛ لأن ملك المفلس تام.

والطريقة الثالثة: أن تصرفه فسخ خلاف، كما أن تصرف المشتري إمضاء وإبطال للخيار في المنصوص، وهي طريقة القاضي في «المجرد» و الحلواني في «الكفاية»[5]، وهي مخالفة للنصوص، ولا يصح اعتبار فسخ البائع بإمضاء المشتري؛ لأن ملك المشتري قائم وملك البائع مفقود.

والطريقة الرابعة: أن تصرفه بالوطء فسخ بلا خلاف؛ لأنه اختيار، بدليل وطء من أسلم على أكثر من أربع نسوة وبغيره، وفيه الخلاف، وهي طريقة صاحب «الكافي»[6].

---

(١) «المحرر» (١/ ٣١٤).

(٢) هو إسماعيل بن سعيد أبوإسحاق الشالنجي له عن أحمد مسائل كثيرة.

(٣) «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجين» (١/ ٣١٤).

(٤) «المغني» (٤/ ٩).

(٥) الكتاب اسمه «كفاية المبتدئين» لمحمد بن علي بن محمد الحلواني (ت٥٠٥هـ).

(٦) «الكافي» (٣/ ٧٥).

ومن صرح بأن الوطء اختيار القاضي في «المجرد»، وحكاه في «الخلاف» عن أبي بكر في «التنبيه» ولم أجده فيه، ولا يصح إلحاق وطء البائع بوطء من أسلم على أكثر من أربع نسوة؛ لأن ملكه قائم؛ فلذلك كان الوطء اختياراً في حقه، فهو كوطء المشتري ها هنا، والبائع بخلافه، وقد نص أحمد على أن عليه الحد في رواية مهنا.

وأما نفوذ التصرف؛ فهو ممنوع على الأقوال كلها، صرح به الأكثرون من الأصحاب؛ لأنه لم يتقدمه ملك، اللهم إلا أن يتقدمه سبب يوجب الانفساخ كالسوم ونحوه، وذكر الحلواني في «التبصرة» أنه ينفذ، ويتخرّج من قاعدة لنا سنذكرها إن شاء الله تعالى، وهي: أنه هل تكفي مقارنة شروط العقد للعقد في صحته؟

ومنها: إذا باع أمة بعبد، ثم وجد بالعبد عيباً؛ فله الفسخ واسترجاع الأمة، وكذلك سائر السلع المعيبة إذا علم بها بعد العقد، وليس له التصرف في عوضه الذي أداه؛ لأنه ملك الآخر عليه تام مستقر، فلو أقدم وأعتق الأمة وطئها؛ لم يكن ذلك فسخاً، ولم ينفذ عتقه، ذكره القاضي في «خلافه».

وذكر في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول» احتمالاً آخر: أن وطئه يكون استرجاعاً كما في وطء المطلقة الرجعية، ومن أسلم على أكثر من أربع نسوة، وهذا واهٍ جداً؛ فإن الملك عن الرجعية، ومن أسلم عليهن لم يزل، وها هنا قد زال.

ومنها: لو باع أمة، ثم أفلس المشتري قبل نقد الثمن والأمة موجودة بعينها؛ فله استرجاعها بالقول بدون إذن الحاكم على أصح الوجهين، حكاهما القاضي بناءً على نقض حكم الحاكم بخلافه؛ فيكون كالفسخ المجمع عليه، فلا يحتاج إلى حاكم، ولو أقدم على التصرف فيها ابتداءً؛ لم ينفذ، ولم يكن استرجاعاً، وكذلك الوطء، ذكره القاضي في «الخلاف» لتمام ملك المفلس.

وفي «المجرد» و«الفصول»: أن الوطء استرجاع، وأن فيه احتمالاً آخر بعدمه، ويمكن تخريج هذا الخلاف في سائر التصرفات على طريقة من أثبت الخلاف في تصرف البائع في مدة الخيار؛ لأن ملك المفلس غير تام، بدليل منعه من التصرف في ماله لحق البائع؛ فهو كالمشتري في مدة الخيار؛ غير أن ضعف الملك ها هنا طارئ، وفي مدة الخيار مبتدئ ولا أثر لذلك.

ومنها: تصرف الشفيع في الشّقص المشفوع قبل التملك؛ هل يكون تملكاً ويقوم ذلك مقام قوله: تَمَلَّكتُهُ، أو مقام المطالبة عند من أثبت بها الملك، أو مقام الأخذ باليد عند من أثبت الملك به؟

يمكن تخريجه على الخلاف في المسألة التي قبلها، ولا سيما بعد المطالبة؛ لأنّ حقه استقر وثبت، وانقطع تصرف المشتري.

ومنها: لو وهب الأب لولده شيئاً وقبضه الولد، ثم تصرّف الأب فيه بعد القبض؛ هل يكون تصرفه رجوعاً؟

المنصوص أن لا، قال أحمد في رواية أبي طالب: إذا وهب لابنه جارية وقبضها الابن؛ لم يجز للأب عتقها حتى يرجع فيها، وقال في «رواية ابن هانئ»: هذه الجارية للابن وأعتق الأب ما ليس له.

وخرّج أبو حفص البرمكي في كتاب «حكم الوالدين في مال ولدهما»[1] رواية أخرى: أن العتق صحيح، ويكون رجوعاً، وسيأتي ذكر أصل هذا التخريج إن شاء الله تعالى.

وفي «التلخيص»: «لا يكون وطؤه رجوعاً، وهل يكون بيعه وعتقه ونحوهما رجوعاً؟ على وجهين، ولا ينفذ عليهما؛ لأنه لم يلاق الملك» انتهى، ويتخرج وجه بنفوذه؛ لاقتران الملك به كما سبق.

ومنها: لو تصرّف الوالج في مال ولده الذي يباح له تملكه قبل التملك؛ لم ينفذ، ولم يكن تملكاً على المعروف من المذهب، وأنّ تملكه لا يحصل بدون القبض الذي يراد التملك به، وقد نصّ عليه أحمد في مواضع؛ لأنّه مباح، فلم يتملك بدون قبضه؛ كالاصطياد والاحتشاش، ولم يخرجوا في تملكه بالقول بمجرده خلافاً من الهبة ونحوها؛ لأنَّ الهبة عقد من اثنين؛ فيكتفى فيه بالقول؛ كعقد المعاوضة، وها هنا إكساب مال مباح من غير عقد؛ فلا يكتفي فيه بدون القبض والحيازة، وما لم يحز؛ فهو باقٍ على ما كان عليه.

---

(١) هذا الكتاب للقاضي أبي يعلي (ت٤٥٨هـ) انتقاه من جمع أبي حفص البرمكي (ت٣٨٧هـ).

وخرّج أبو حفص البرمكي رواية أخرى بصحة تصرفه بالعتق قبل القبض، وأخذ ذلك مما رواه المروذي عنه: أنه قال: لو أنّ لابنه جارية فعتقها؛ كان جائزاً.

وفي رواية محمد بن الحكم: يعتق الأب من مال الابن هو ملك الابن حتى يعتق الأب أو يؤخذ، وفي «رواية الميموني»: أرى أن ماله يؤخذ منه ويعتق منه؛ إلا أم ولد ابنه.

وفي توجيه هذه الرواية طريقان:

أحدهما: أن رقيق الابن له فيه شبهة ملك، ولذلك نفذ استيلاده فيه؛ فينفذ عتقه؛ كعتق الغانم أمه من المغنم، لكن لا يضمن؛ لأن الأب لا يطالب بما أتلفه من مال ولده.

والثاني: أن يقال: وقع الملك مقارناً للعتق، فنفذ، وهذا القدر من الملك يكتفى به في العتق، كما لو قال لغيره: اعتق عبدك عني وعلي ثمنه، ففعل؛ صح ووقع العتق والملك معاً.

ونقل أبو طالب عن أحمد: أنه قال: بيع الأب وشراؤه على ابنه جائز؛ لقول النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[1]، وظاهر هذه الرواية جواز الإقدام على التصرف في ماله ونفوذه وحصول التملك به.

---

(١) هذا حديث صحيح ثابت بطرقه روي عن جمع من الصحابة منهم: جابر بن عبدالله (وهو أشهرها)، وله شواهد عن ابن عمر، وابن عمرو، وابن مسعود، وأبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وسمرة رضي الله عنهم.
وحديث جابر رواه ابن ماجه (٢٢٩١)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٥٨)، والطبراني في الأوسط (٣٥٥٨) وهذه الطريق معلولة كما ذكر ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤٦٦) بأنها مرسلة وأن مَنْ وصلها أخطأ.
وحديث ابن عمر رواه البخاري في التاريخ الكبير (١/ ٤٠٦)، وأبي يعلى (٥٧٣١)، والطبراني في الأوسط (٥١٣٢) ولا يثبت الحديث عن ابن عمر.
وحديث عبدالله بن عمرو رواه أبوداود (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢٢٩٢)، والبيهقي (٧/ ٤٨٠).
وله شاهد عن عبدالله بن مسعود رواه ابن أبي حاتم في العلل (٢/ ٤٧٢)، والطبراني في الأوسط (٥٧)، والصغير (١/ ٨).
وهذا سند ضعيف.
وحديث أبي بكر الصديق أخرجه الطبراني في الأوسط (٨١٠)، والبيهقي (٧/ ٤٨١) وسنده ضعيف.
وحديث عمر رواه البزار (٢٩٥) وسنده معلول.
وحديث سمرة رواه الطبراني في الكبير (٦٩٦١)، وفي الأوسط (٧٠٨٤)، والعقيلي (٢/ ٢٣٤) وهو ضعيف.
وحديث عائشة رواه ابن حبان (٤١٠، ٤٢٦٢)، والحديث ضعيف كذلك.
والحديث تكلم عنه ابن حجر في «تلخيص الحبير» وفي «الكافي الشاف» و«مختصر زوائد البزار» و«المطالب العالية» وفي «لسان الميزان» وحكم عليه بالحسن في بعض المواطن وقبله قال العقيلي: «في الباب أحاديث وفيها لين، وبعضها أحسن من بعض».

وفي «التنبيه» لأبي بكر: بيع الأب على ابنه وعتقه وصدقته ووطء إمائه ولم يكن الابن قد وطئ؛ جائز، ويجوز له بيع عبيده وإمائه وعتقهم.

ولهذا القول مأخذان أيضاً:

أحدهما: أن الملك يقترن بالتصرف؛ فينفذ كما في نظيره.

والثاني: أن هذا تملّك قهري في مال معين؛ فيكتفى فيه بالقول الدال على التملك كما تملك الهبة المعينة بمجرد القبول على رواية، ولهذا حكى طائفة من الأصحاب في بيع المباحات النابتة والجارية في الأرض المملوكة قبل حيازتها روايتين، ولم يذكروا خلافاً في أنها عين مملوكة.

وممن سلك هذا المسلك صاحب «المقنع»[1] في (كتاب البيع) وصاحب «المحرر»، ووجه صحّة البيع على هذا: أنه مقدور على تسليمه، وليس ملكاً لغيره؛ فهو كالمملوك له، وهو قريب من بيع الصكاك قبل استحقاقها، وقد تقدّم الخلاف فيها.

وأما تصرف الأب في أمة ولده بالوطء قبل القبض، فإن أحبلها؛ صارت أم ولد له، وإن لم يحبلها، فإن قلنا: لا يملك الأب مال ولده إلا بالقبض؛ لم يملكها حتى يقبضها، وإن قلنا: يملك بمجرد التصرف؛ صارت ملكاً له بالوطء بمجرده.

ونقلت من خط القاضي وذكر أنه نقله من خط ابن شاقلا: قال الشيخ (يعني: أبا بكر عبد العزيز) روى الأثرم: أن المرأة إذا وطئها زوجها وانقضت العدة ثم تزوجت، فإن أتت بولد لستة أشهر، فتداعياه جميعاً؛ أرى القافة، وقال: إذا وطء الرجل جارية ابنه وإنْ كان الابن قد وطئ؛ فلا حد على الأب لأنها بنفس الوطء ملك له. قال الشيخ تقي الدين: في نفسي من مسألة الأثرم شيء. انتهى[2].

فإن كان قوله: إذا وطئ الرجل جارية ابنه.. إلى آخره من تمام رواية الأثرم؛ فيكون ذلك

---

(١) «المقنع مع شرحه المبدع» (٤/ ٢٢-٢٣).

(٢) لم أجده في مؤلفات شيخ الإسلام ولا في المستدرك، وهذا من الاستدراكات النادرة التي ينبغي أن تجمع وتضاف إلى كلام شيخ الإسلام المتناثر في بطون الكتب.

منصوصاً عن أحمد، وإلا؛ فهو من كلام أبي بكر، وهو موافق لما ذكره في «التنبيه» كما حكيناه عنه.

وقوله: وإن كان الابن قد وطئ؛ يريد أن تملكها يثبت مع وطء الابن.

فأما ثبوت الاستيلاد؛ ففيه خلاف في المذهب، ونقل ابن منصور عن أحمد كلاماً يدل بمفهومه على أنها لا تصير مستولدة له، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى، والمرجح عند صاحب «المغني»[1] أنها تصير مستولدة؛ لأنّ التحريم لا ينافي الاستيلاد؛ كالأمة المشتركة، ولكن بينهما فرق، وهو أن هذه محرمة على التأبيد، بخلاف المشتركة.

وقد نص أحمد على أن النسب لا يلحق بوطء الأمة المزوجة؛ وإن كان زوجها صغيراً لا يولد لمثله في «رواية حرب» و«ابن بختان»، وذكره أبو بكر وابن أبي موسى؛ فلمؤبدة التحريم أولى.

هذا كلّه ما لم يكن الابن قد استولدها، فإن كان استولدها؛ لم ينتقل الملك فيها باستيلاد غيره كما لا ينتقل بالعقود، وذكر ابن عقيل في «فنونه»[2] أنها تصير مستولدة لهما جميعاً، كما لو وطئ الشريكان أمتهما في طهر واحد، وأتت بولد ألحقته القافة بهما، لكن في مسألة القافة حكم باستيلادها لهما دفعة واحدة، وفي مسألتنا قد ثبت استيلاد الابن أولاً لها؛ فلا ينتقل إلى غيره؛ إلا أن يقال: أم الولد تملك بالقهر على رواية، والاستيلاد سبب قهري.

ومنها: تصرف السيد في مال عبده الذي ملكه إياه وقلنا يملكه؛ ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ ويكون استرجاعاً لتضمنه إياه، وذكر القاضي في «الجامع الكبير»: أنه يحتمل حمله على أنه سبق رجوعه التصرفُ؛ لينفذ.

ومنها: تصرف الموصى له في الوصية بعد الموت؛ هل يقوم مقام القبول؟

الأظهر قيامه مقامه؛ لأنّ سبب الملك قد استقر له استقراراً لا يمكن إبطاله، وقد ملك بالموت على أحد الوجوه، وهو منصوص عن أحمد، ومثله الوقف على معين إذا قيل باشتراط قبوله.

فأما العقود التي تملك له موجبها الرجوع فيها قبل القبول؛ فهل يقوم التصرف فيها مقام القبول؟

---

(١) «المغني» (٧/ ١١٥).

(٢) «الفنون» (١/ ١٦٢-١٦٣).

فيه تردد يلتفت إلى انعقاد العقود بالمعاطاة.

فأما الوكالة؛ فيصح فيها قبولها بالفعل، صرّح به الأصحاب؛ لأنها إذن مجرد وأمر بالتصرف، فيصح امتثاله بالفعل، وهل يساويها في ذلك سائر العقود الجائزة؛ كالشركة والمضاربة والمساقاة؟

ظاهر كلام صاحب «التلخيص» أو صريحه: المساواة، وحكى القاضي في «الأحكام السلطانية»[1] في صحّة قبول القاضي القضاء بشروعه في النظر احتمالين، وجعل مأخذهما: هل يجري الفعل مجرى النطق لدلالته عليه؟ ويحسن بناؤهما على أنّ ولاية القضاء عقد جائز أو لازم.

ومنها: المطلقة الرجعية؛ هل تحصل رجعها بالوطء؟

على روايتين، مأخذهما عند أبي الخطاب الخلاف في وطئها؛ هل هو مباح أو محرم؟ والصحيح بناؤه على اعتبار الإشهاد للرجعة وعدمه، وهو البناء المنصوص عن الإمام، ولا عبرة بحل الوطء ولا عدمه، فلو وطئها في حيض أو غيره؛ كانت رجعة، وهل يشترط أن ينوي بالوطء الرجعة أم لا؟

نقل ابن منصور عن أحمد اعتباره، وهو اختيار ابن أبي موسى، والمذهب عند القاضي ومن اتبعه خلاف ذلك، ولكن الرجعية لم يزل النكاح عنها بالكلية، وإنّما حصل له تشعث، لكن الرجعة يترتب عليها الاستباحة حقيقةً في المدة الزائدة على العدة.

---

(١) «الأحكام السلطانية» للقاضي (ص٦٤).

القاعدة السادسة والخمسون

شروط العقود من أهلية العاقد، أو المعقود له أو عليه إذا وجدت مقترنة بها ولم تتقدم عليها؛ هل يكتفى بها في صحتها، أم لا بد من سبقها؟

المنصوص عن أحمد الاكتفاء بالمقارنة في الصحة.

وفيه وجه آخر: لا بد من السبق، وهو اختيار ابن حامد والقاضي في الجملة.

ويتخرج على ذلك مسائل قد ذكرنا عدة منها في القاعدة السابقة:

منها: إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها؛ فالمنصوص الصحة اكتفاءً باقتران شرط النكاح، وهو الحرية به، كما دلت عليه السنّة الصحيحة[1]، واختار ابن حامد والقاضي عدم الصحة؛ فمنهم من جعل مأخذه انتفاء لفظ النكاح الصحيح، وهو ابن حامد، ومنهم من جعل مأخذه انتفاء تقدم الشرط.

ومنها: لو باعه شيئاً بشرط أن يرهنه على ثمنه؛ صح، نص عليه، وقال القاضي وابن حامد: لا يصح؛ لانتفاء سبق الملك للرهن، ولا تكفي المقارنة.

ومنها: لو كاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح، وقيل: إنه المنصوص، وذكره القاضي وابن عقيل في «النكاح» وأبو الخطاب والأكثرون اكتفاءً باقتران البيع وشرطه، وهو كون المشتري مكاتباً يصح معاملته للسيد.

والوجه الثاني: لا يصح، قاله القاضي وابن عقيل في البيوع؛ لأن الكتابة لم تسبق عقد البيع.

ومنها: لو ادعى أنه وكيل لزيد، وأن لزيد على فلان ألفاً، وأقام البينة بالوكالة والدين في حالة واحدة؛ فهل يقبل ويدفع إليه المال، أم لا بدّ من تقدم ثبوت الوكالة على ثبوت الدين؟

قال القاضي في «خلافه»: يحتمل وجهين، والأشبه اعتبار تقدم الوكالة؛ لأنه ما لم تثبت

---

(١) في قصة عتق النبي لأم المؤمنين صفية وجعل عتقها صداقها، والقصة متفق عليها.

وكالته لم يجب الدفع إليه. واستشهد للقبول بما لو شهد أنه ابتاع من فلان داراً وهو مالك لها؛ فإنه تصح شهادتهما بالبيع والملك في حالة واحدة.

ومنها: لو قال: إذا تزوجت فلانة؛ فقد وكلتك في طلاقها؛ ففي «التلخيص»: قياس المذهب صحته.

ويتخرّج وجه آخر: أنه لا يصح؛ لاقتران الوكالة وشرطها؛ إذ شرطها أن يكون الموكل مالكاً لما وكل فيه، وملك الطلاق يترتب على ثبوت النكاح، فيقارن الوكالة.

ومنها: لو وجدت الكفاءة في النكاح حال العقد، بأن يقول سيد العبد بعد إيجاب النكاح له: قبلت له هذا النكاح وأعتقته؛ فقال الشيخ تقي الدين: قياس المذهب صحته[1]، وقال: ويتخرج فيه وجه آخر بمنعها.

فأما اقتران الحكم مع شرطه في غير عقد؛ هل يثبت به الحكم أم لا؟

يتخرج عليه مسائل:

منها: صحّة الوصية لمن ثبتت أهلية ملكه بالموت؛ كأم الولد ومدبره، فإن السبب المستحق به هو الإيصاء، وشرط الاستحقاق هو الموت، وعليه يترتب الاستحقاق، وقد اقترن به وجود أهلية المستحق؛ فيكفي في ثبوت الملك، هذا إذا قلنا: إن الوصية تملك بالموت من غير قبول، وإن قلنا: تتوقف على القبول وهو المشهور؛ فإن القبول يتأخر عن أهلية الاستحقاق، فيصح القبول حينئذ، ولا يضر فوات أهليته عند الموت، فإنه لو قال: اعتقوا عنّي عبدي وأعطوه كذا؛ لصحّت هذه الوصية.

ومنها: إذا وجدت الحرية عقيب موت الموروث أو معه، كما لو قال لعبده: إن مات أبوك فأنت حر، وكان أبوه حرّاً، فمات أو دبر ابن عمه ثم مات؛ فإنه لا يرث، ذكره القاضي وصاحب «المغني»، وعلّله بأنّ المانع لا يؤثر زواله حال الاستحقاق كما لا يؤثر وجوده عندنا في إسلام الطفل بموت أبويه.

---

(١) «الاختيارات» (٢٠٩-٢١٠).

وقال الشيخ تقي الدين: ينبغي أن يخرج على الوجهين فيما إذا حدثت الأهلية مع الحكم؛ هل يكتفي بها، أم يشترط تقدمها؟ فإن قلنا: تكفي المقارنة؛ ورث لأنه صار حراً ومالكاً في زمن واحد. انتهى[1].

ولا يقال: هذا يفضي إلى اقتران العلّة ومعلولها، وهو عندكم باطل؛ لأنا نقول: علة الإرث وسببه هو النسب وهو سابق على الموت، وإنما الحرية شرط له.

ومنها: عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها؛ هل هي عدة حرة أو أمة؟

وأكثر الروايات عن أحمد: أنها تعتد عدة أمة، وقال: «لو اعتدت عدة حرة؛ لورثت»[2]، ثم توقف في ذلك، وقال: دخلني منه شيء، وقال مرة: تعتد عدة حرة اكتفاءً بالحرية المقارنة لوجوب العدة، ولزوم مقارنة العلة للمعلول هنا أظهر، ولا يلزم؛ لأنّ سبب العدة الاستفراش السابق والموت شرطها، والحرية شرط للعدة بالشهور، ومن ها هنا لم يلزم التورث؛ لأنّ سببه منتف بالكلية، وهو النكاح والنسب والولاء.

(١) لم أجده.

(٢) مسائل احمد لابنه صالح (١/ ٤٣٩).

القاعدة السابعة والخمسون

إذا تقارن الحكم ووجود المنع منه؛ فهل يثبت الحكم أم لا؟

المذهب المشهور أنه لا يثبت، وقال ابن حامد: يثبت.

وإن تقارن الحكم ووجود المانع منه؛ فهل يثبت الحكم معه؟

فيه وجهان، واختيار القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول» وصاحب «المغني»[1]: أنه لا يثبت، واختار القاضي في «خلافه» وفي «الجامع الكبير»: أنه يثبت، وكذلك ابن عقيل في «عُمَدْ الأدلة» وأبو الخطاب.

فأما اقتران الحكم والمنع منه؛ فيندرج تحته مسائل:

منها: لو قال الزوج لامرأته: أنت طالق مع انقضاء عدتك، أو قال: كلما ولدت ولداً فأنت طالق، فولدت ولدين متعاقبين؛ فإنها تطلق بالأول، وتنقضي العدة بالثاني ولا تطلق به، كما لا تطلق في قوله: مع انقضاء عدتك، هذا المذهب المشهور، وعليه أبو بكر وأبو حفص والقاضي وأصحابه، والخلاف فيه مع ابن حامد وحده، وفي «الفصول» يشير إلى أن مأخذ ابن حامد في مسألة الولادة القول بتقارن العلة ومعلولها؛ فيقع الطلاق في حال الولادة قبل البينونة، ولا يصح؛ لأن البينونة معلولة للولادة، فلو اقترنت العلّة ومعلولها؛ لبانت مع الولادة أيضاً.

ومنها: لو قال: أنت طالق بعد موتي؛ لم تطلق بغير خلاف نعلمه، ولو قال: مع موتي أو موتك؛ لم تطلق، نص عليه في رواية مهنا؛ لأن الموت سبب البينونة؛ فلا يجامعها الطلاق، ويلزم على قول ابن حامد الوقوع ها هنا؛ لأنه إذا أوقع الطلاق مع الحكم بالبينونة؛ فإيقاعه مع سبب الحكم أولى، ويلزم مثل ذلك القاضي ومن تابعه على الوقوع مع سبب الانفساخ؛ لتأخر الانفساخ عنه، ولم يلتزموا ذلك، وادعوا ها هنا المقارنة دون السبق، ولا يصح، ولعل المانع من إيقاع الطلاق مع الموت هو عدم الفائدة فيه، بخلاف إيقاعه مع البينونة في الحياة؛ فإنه يفيد

(١) «المغني» (١/ ٣٥١-٣٥٢).

التحريم أو نقص العدد.

ومنها: لو قال زوج الأمة لها: إن ملكتك فأنت طالق، ثم ملكها؛ لم تطلق، قال الأصحاب: وجهاً واحداً، ولا يصح؛ لأنّ ابن حامد يلزمه القول ها هنا القول بالوقوع؛ لاقترانه بالانفساخ.

ومنها: لو أعتق الزوجان معاً، وقلنا: لا خيار للمعتقة تحت الحر؛ فهل يثبت لها الخيار هاهنا؟

على روايتين منصوصتين عن أحمد[1]، وقد اقترن هنا المقتضي وهو حريتها والمانع وهو حريته؛ فحصل الحكم بثبوت الخيار مع المنع منه.

فإن قيل: يشكل على ما ذكرتموه مسألتان منصوصتان عن الإمام أحمد:

إحداهما: إذا قال لعبده: إن بعتك فأنت حر، ثم باعه؛ فإنه يعتق على البائع من ماله، نص عليه أحمد في رواية جماعة، ولم ينقل عنه في ذلك خلاف؛ فقد حكم بوقوع العتق مع وجود المنع منه، وهو انتقال الملك، وهذا يلزم منه صحة قول ابن حامد وطرده في إثبات الأحكام مع مقارنة المنع منه، مثل أن يقول لغير المدخول بها: إن طلقتك فأنت طالق، ثم طلقها؛ فينبغي أن تطلق طلقتين، وكذلك إذا قال: إن فسختُ نكاحَكِ لعيب أو نحوه فأنت طالق، وكذلك لو قال: إن خالعتُكِ فأنت طالق.

والمسألة الثانية: إذا مات الذمي وله أطفال صغار؛ حكم بإسلام الولد وورث منه، نص عليه ولم يثبت عنه خلاف ذلك، حتى إن من الأصحاب من أنكر القول بعدم توريثه وقال: هو خلاف الإجماع، ويلزم من توريثه إثبات الحكم المقترن بمانعه، وهذا لا محيد عنه.

والجواب إما على قول ابن حامد؛ فهذا متجه لا بعد فيه، وإما على قول جمهور الأصحاب؛ فقد اختلفوا في تخريج كلام الإمام أحمد في مسألة العتق على طرق:

---

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (٢/ ٤٥٠).

أحدها: أنه مبني على قوله بأن الملك لم ينتقل عن البائع في مدة الخيار، فأما على قوله بالانتقال، وهو الصحيح؛ فلا يعتق، وهذه طريقة أبي الخطاب في «انتصاره»، وفيها ضعف؛ فإن نصوص أحمد بالعتق هنا متكاثرة، ورواية بقاء الملك للبائع ربما لم تكن صريحة عن أحمد بل مستنبطة من كلامه، وإنما المنقول الصريح عنه انتقال الملك.

والطريق الثاني: أن عتقه على البائع؛ لثبوت الخيار له، فلم تنقطع علقه عن المبيع بعد، وهي طريقة القاضي وابن عقيل وأبي الخطاب، وأورد عليهم أن تصرف البائع بالعتق في مدة الخيار لا ينفذ على المنصوص؛ فأجابوا بأن هذا العتق أنشأه في ملكه، فلذلك نفذ في مدة الخيار بعد زوال ملكه؛ لأن أحمد شبهه بنفوذ الوصية بعد الموت، وقال في رواية ابن ماهان[1]: يعتق من مال البائع، قيل: لأنه خلف على ملك؟ قال: نعم.

والطريق الثالث: أنه يعتق على البائع عقيب إيجابه وقبل قبول المشتري، وهي طريقة ابن أبي موسى والسامري وصاحبي «المغني»[2] و«التلخيص»؛ لأنه إنما علقه على بيعه، وبيعه الصادر عنه هو الإيجاب فقط، ولهذا يسمى بائعاً والقابل مشترياً، ويقال: باع هذا واشترى هذا، وإن كان العقد لا ينعقد إلا بقبول المشتري، لكن القبول شرط محض لانعقاد البيع وليس هو من ماهيته، فإذا وجد القبول، تبينا أنه عتق على البائع قبله في ملكه قبل الانتقال.

وفي هذه الطريقة أيضاً نظر؛ فإن أحمد نص على نفوذه بعد زوال الملك، ولأنّ البيع المطلق إنما يتناول المنعقد لا صورة البيع المجردة.

والطريق الرابع: أنه يعتق على البائع في حالة انتقال الملك إلى المشتري، حيث يترتب على الإيجاب والقبول وانتقال الملك ونفوذ العتق؛ فيتدافعان وينفذ العتق لقوته وسرايته دون انتقال الملك، وهي طريقة أبي الخطاب في «رؤوس المسائل»، ويشهد لها تشبيه أحمد بالمدبر والوصية، ولا يقال في التدبير والوصية: لا ينتقل إلى ملك الورثة لتعلق حق غيرهم بها؛ لأنّا نمنع ذلك على أحد الوجهين، ونقول: بل ينتقل إليهم المال الموصى به، وهو ظاهر تعليل أحمد في هذه

---

(١) هو محمد بن ماهان النيسابوري (ت٢٨٤هـ) كان جليل القدر له مسائل كثيرة حسان عن أحمد.

(٢) «المغني» (٤/ ١٣).

المسالة؛ فإنه قال في رواية الأثرم وقد قيل له: كيف يعتق على البائع وإنما وجب العتق بعد البيع؟ فقال: لو وصى لرجل بمئة درهم ومات؛ يعطاها، وإن كانت وجبت له بعد الموت ولا ملك؛ فهذا مثله، ونقل عنه صالح[1] نحو هذا المعنى أيضاً.

وعلى هذه الطريقة؛ فينفذ العتق مع قيام المانع له لقوته وسرايته، ولا يلزم مثل ذلك في غيره من العقود.

والطريق الخامس: أنه يعتق بعد انعقاد البيع وصحته وانتقال الملك إلى المشتري، ثم ينفسخ البيع بالعتق على البائع، وصرّح بذلك القاضي في «خلافه» وابن عقيل في «عمده» وصاحب «المحرر»[2]، وهو ظاهر كلام أحمد وتشبيهه بالوصية.

ووجه ذلك أن العتاق لقوته ونفوذه وسرايته إلى ملك الغير ينفذ؛ وإن وجد أحد طرفيه في ملك والآخر في غير ملك، فإذا عقده في غير ملك مضافاً إلى وجود الملك؛ صح ونفذ في المذهب الصحيح المشهور، فكذا إذا عقده في ملك على نفوذه في غير ملك؛ فإنه ينفذ.

ولهذا نقول على إحدى الروايتين: لو قال: مملوكي فلان حر بعد موتي بسنة؛ يعتق كما قال وإن كان ذلك بعد زوال ملكه وانتقاله عنه، ولا يقال: لا ينتقل ملكه مع قيام الوصية؛ لأن ذلك ممنوع على ظاهر كلام أحمد كما تقدم، ولا يلزم مثل هذا في غير العتق من العقود؛ لأنها لا تسري إلى ملك الغير، ولا عهد نفوذها في غير ملك بحال.

وخرج صاحب «المحرر» في تعليقه على «الهداية» وجهاً فيما إذا علق طلاقها على خلعها فخالعها: أنه يقع الطلاق المعلق كما يقع العتق بعد البيع اللازم، فإن كان مراده أنه يقع مع الخلع؛ فهي مسالة ابن حامد في الوقوع مع البينونة، وإن أراد بعده؛ فمشكل، فإن الطلاق لم يعهد عندنا وقوعه في غير ملك.

وسلك الشيخ تقي الدين[3] طريقة أخرى، فقال: إن كان المعلق للعتق قصده اليمين دون التبرر بعتقه؛ أجزأه كفارة يمين؛ لأنه إذا باعه خرج عن ملكه، فبقي كنذره أن يعتق عبد غيره؛ فيجزئه الكفارة، وإن قصد به التقرب؛ صار عتقه مستحقاً كالنذر، فلا يصح بيعه، ويكون

---

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (١/ ٢٤٧).

(٢) «المحرر» (١/ ٢٧٧-٢٧٨).

(٣) لشيخ الإسلام كلام كثير في هذا المعنى أما نص هذا الكلام فلم أجده.

العتق معلقاً على صورة البيع، كما لو قال لما لم يحل بيعه: إذا بعته فعليَّ عتق رقبة، أو قال لأم ولده: إن بعتك فأنت حرّة، وطرد قوله هذا في تعليق الطلاق على الفسخ والخلع، فجعله معلقاً على صورة الفسخ والخلع، قال: ولو قيل بانعقاد الفسخ والخلع المعلق عليه؛ فلا يمتنع وقوع الطلاق معه على رأي ابن حامد، حيث أوقعه مع البينونة بانقضاء العدة؛ فكذا بالفسخ، والله أعلم.

وأما مسألة الميراث؛ فلا ريب أن أحمد نص على توريث الطفل من أبيه الكافر، والحكم بإسلامه بموته، وخرجه من خرجه من الأصحاب؛ كصاحب «المغني»[1] على أن المانع لم يتقدم الحكم بالإرث وإنما قارنه، وهذا يرجع إلى ثبوت الحكم مع مقارنة المانع له؛ لأن الإسلام سبب المنع، والمنع يترتب عليه، والحكم بالتوريث سابق على المنع لاقترانه بسببه.

وأما اقتران الحكم والمانع؛ فله صور:

منها: مسألة توريث الطفل المحكوم بإسلامه بموت أحد أبويه الكافرين منه، وقد ذكرت.

ومنها: إذا قتلت أم الولد سيدها؛ فإنه يلزمها أقل الأمرين من قيمتها أو الدية، نص عليه، قال الأصحاب: سواء قلنا: إن الدية تحدث على ملك الورثة ابتداءً أو على ملك الموروث أو لا؛ لأنّا إن قلنا: تحدث على ملك الورثة؛ فقد اقترن الضمان بالحرية، وإنما لم يجب الضمان هنا بالدية مطلقاً اكتفاءً بمقارنة الشرط للحكم على ما تقدم؛ لأنّ الاعتبار هنا في الضمان بحالة الجناية، وهي حينئذ رقيقة؛ فلا يلزمها أكثر من ضمان جناية الرقيق، ولا يمنع من ذلك مقارنة الحرية بحالة وجوب الضمان بناءً على أن المانع إذا اقترن بالحكم لم يمنعه، وإن قلنا: إن الدية تحدث على ملك المقتول أولاً؛ فقد وجب له ذلك في آخر جزء في حياته، وهي إذ ذاك رقيقة؛ فسبق وقت وجوب الضمان وقت الحرية، وإنما وجب الضمان هنا للسيد، وإن كان السيد لا يجب له الضمان على رقيقه لتعلق حق ورثته بماله في هذه الحال؛ فصار كالواجب لها ابتداءً، ولهذا كانوا هم المطالبين به، والله أعلم.

ومنها: إذا تزوج العادم للطول الخائف للعنت في عقده حرة وأمة؛ فهل يصح نكاح الأمة مع الحرة؟

---

(١) «المغني» (٦/ ٢٥١).

على وجهين:

ومنها: إذا قال المتزوج بأمة أبيه: إذا مات أبي فأنت طالق، ثم مات الأب؛ فهل يقع الطلاق؟

على وجهين:

أحدهما: يقع، وهو قول القاضي في «الجامع» و «الخلاف» وابن عقيل في «العمد» واختيار أبي الخطاب؛ لأنّ الموت يترتب عليه وقوع الطلاق والملك، والملك سبب انفساخ النكاح؛ فقد سبق نفوذ الطلاق وقوع الفسخ فنفذ.

والثاني: لا يقع، وهو قول القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول»؛ لأنّ الطلاق قارن المانع، وهو الملك؛ فلم ينفذ.

ومنها: إذا تزوج أمة، ثم قال لها: إن اشتريتك؛ فأنت طالق.

وفيه الوجهان: إن قلنا: ينتقل الملك مع الخيار، وهو الصحيح، وإن قلنا: لا ينتقل؛ وقع الطلاق وجهاً واحداً، كذا ذكره أبو الخطاب.

وفي «خلاف القاضي»: إذا حلف لا يبيع، فباع بشرط الخيار؛ هل يحنث؟

إن ذلك مبني على نقل الملك وعدمه؛ فقياس قوله: إنه لا يقع الطلاق هنا في مدة الخيار إذا قلنا: لا ينتقل الملك فيها، وأنكر ذلك الشيخ مجد الدين وقال: يحنث بكل حال؛ لأن البيع قد وجد.

ومنها: إذا قال لامرأته التي لم يدخل بها: إن كلمتك فأنت طالق، ثم أعاده؛ فإنها تطلق بالإعادة؛ لأنّه كلام في المشهور عند الأصحاب.

وقال ابن عقيل في «عمد الأدلة»: قياس المذهب عندي أنه لا يحنث بهذا الكلام؛ لأنه من جنس اليمين الأولى ومؤكد لها، وإنما المقصود أذاها وهجرها وإضرارها بترك كلامها، وليس في هذه الإعادة ما ينافي ذلك؛ فلا يحنث به، وهذا أقوى، والتفريع على المشهور، فإذا وقع الطلاق بالإعادة ثانياً؛ فهل ينعقد به يمين ثانية أم لا؟

في المسألة وجهان:

أحدهما: لا ينعقد، وهو قول القاضي في «الجامع» و «الخلاف» ومن اتبعه؛ كالقاضي يعقوب وابن عقيل، وهو قياس قول صاحب «المغني»[(١)]، وله مأخذان:

أحدهما: وهو مأخذ القاضي ومن اتبعه: أن الكلام يحصل بالشروع في الإعادة قبل إتمامها؛ فيقع الطلاق قبل إنهاء الإعادة؛ فلا ينعقد لأن تمام اليمين حصل بعد البينونة.

والثاني: وهو الذي ذكره صاحب «المغني» في نظير هذه المسألة: أن الطلاق وإن وقف وقوعه إلى ما بعد إنهاء الإعادة؛ إلا أن الإعادة يترتب عليها البينونة، فيقع انعقاد اليمين مع البينونة، فيخرج على الخلاف في ثبوت الحكم مع المانع أو مع سببه، والأصح عنده عدمه.

والوجه الثاني: تنعقد اليمين، وهو اختيار صاحب «المحرر»[(٢)] بناءً على أن الطلاق يقف وقوعه على تمام الإعادة؛ لأنّ الكلام المطلق إنما ينصرف إلى المقيد ولا تحصل الإفادة بدون ذكر جملة الشرط والجزاء؛ فيقف الطلاق عليهما ويقع عقيبهما لأنّهما شرط لوقوعه، وأما اليمين؛ فوجدت مع شرط الطلاق، فسبقت وقوعه، يوضحه أن اليمين هي اللفظ المجرد، وهو المعلق عليه الطلاق، فإذا قال: إن كلمتك فأنت طالق؛ فهو في معنى قوله: إن حلفت يميناً بطلاقك على كلامك فأنت طالق؛ فتبين أن وجود اليمين سابقة لوقوع الطلاق.

ومنها: إذا قال لامرأتيه وإحداهما غير مدخول بها: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان، ثم قاله ثانياً؛ فإنهما يطلقان طلقة طلقة على المذهب المشهور، وانعقدت اليمين مرة ثانية في حق المدخول بها، وأما في حق التي لم يدخل بها؛ ففي انعقادها وجهان:

أحدهما: أنها تنعقد، وهو قول أبي الخطاب وصاحب «المحرر»[(٣)] ومقتضى ما ذكره القاضي وابن عقيل في المسألة التي قبلها؛ لأن اليمين سبقت البينونة، ووجدت مع شرط الطلاق لا مع وقوع الطلاق.

والثاني: لا تنعقد، وهو اختيار صاحب «المغني»[(٤)]؛ غير أنه وقع في النسخ خلل في تعليله، ووجهه أن اليمين وإن وجدت مع شرط الطلاق، لكن انعقادها مقارن لوقوع الطلاق؛ فلم

---

(١) «المغني» (٧/ ٣٦٧).

(٢) «المحرر» (٢/ ٥٦).

(٣) «المحرر» (٢/ ٥٧).

(٤) «المغني» (٧/ ٣٧٠).

ينعقد لاقترانه بما يمنعه، فإن أعاده ثالثاً قبل أن يجدد نكاح البائن؛ لم تطلق واحدة منهما على الوجهين؛ لأن الحلف بطلاق البائن لا يمكن، فإن عاد وتزوج البائن، ثم حلف بطلاقها وحدها؛ فعلى الوجه الثاني لا تطلق؛ لأن اليمين الثانية لم تنعقد بحقها، وتطلق الأخرى طلقة؛ لوجود الحلف بطلاقها قبل نكاح الثانية والحلف بطلاق الثانية بعد نكاحها، فكمل الشرط في حق الأولى.

وعلى الوجه الأول تطلق كل واحدة منهما طلقة طلقة؛ لأنه الصفة الثانية منعقدة في حقهما جميعاً، كذا ذكره الأصحاب، وأورد عليه أن طلاق كل واحدة منهما معلق بشرط الحلف بطلاقها مع طلاق الأخرى؛ فكل واحد من الحلفين جزء علة لطلاق كل واحدة منهما، فكما أنه لا بد من الحلف بطلاقها في زمن يكون فيه أهلاً لوقوع الطلاق، كذلك الحلف بطلاق ضرتها؛ لأنه جزء علة لطلاق نفسها ومن تمام شرطه؛ فكيف يقع بهذه التي جدد نكاحها الطلاق وإنما حلف بطلاق ضرتها وهي بائن؟!

وأجيب عنه: بأن وجود الصفة كلها في النكاح لا حاجة إليه، ويكفي وجود آخرها فيه؛ فيقع الطلاق عقيبه.

وذكر صاحب «المحرر» في «تعليقه على الهداية»: أن هذا هو المذهب، سواء قلنا: يكفي في الحنث وجود بعض الصفة أم لا.

نعم، إن قلنا: يكفي وجود بعضها وقد وجد حال البينونة؛ انبنى على أن الخلاف في حل اليمين بالصفة الموجودة حال البينونة. انتهى.

وعندي أن هذا قد يتخرج على اختلاف المأخذين في أن اليمين لا تنحل بوجود الصفة حالة البينونة، فإن قلنا: إنها مستثناة من عموم كلامه بقرينة الحال؛ فوجود بعضها حال البينونة لا عبرة به أيضاً كوجود جميعها، وإن قلنا: إن اليمين لا تنحل بدون الحنث فيها؛ اكتفي بوجود آخرها في النكاح لإمكان الحنث فيه، على أن الاكتفاء بوجود بعض الصفة حال البينونة وبعضها في النكاح مع قولنا: لا يكتفى بوجود بعض الصفة في الطلاق، وقولنا: إن الصفة الموجودة حال البينونة لا تنحل بها اليمين؛ لا يخلو من إشكال ونظر، والله أعلم.

ومنها: إذا اشترى مريض أباه بثمن لا يملك غيره وهو تسعة دنانير، وقيمة الأب ستة؛ فقد حصل منه عطيتان من عطايا المريض: محاباة البائع بثلث المال، وعتق الأب إذا قلنا: إن عتقه من الثلث ، وفيه وجهان:

أحدهما: وهو قول القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول»: يتحاصان؛ لأن ملك المريض لأبيه مقارن لملك المشتري لثمنه، وفي كل منهما عطية منجزة؛ فتحاصا لتقارنهما.

والثاني: أنه تنفذ المحاباة ولا يعتق الأب، وهو اختيار صاحب «المحرر»[1]؛ لأن المحاباة سابقة لعتق الأب، فإن ملك المشتري للثمن الذي وقعت المحاباة فيه وقع مقارناً لملك الأب، وعتقه يترتب على ملكه ولم يقارنه؛ فقد قارنت المحاباة شرط عتق الأب لا عتقه؛ فنفذت كسبقها.

ومنها: لو أصدقها مئة درهم، ثم طلقها قبل الدخول على خمسين من المهر؛ فهل تستحق جميع المهر أو ثلاثة أرباعه؟

على وجهين:

أحدهما: تستحقه كله؛ لأنه استحق عوضاً عن الطلاق خمسين، ورجع إليه بالطلاق قبل الدخول النصف الباقي.

والثاني: تستحق ثلاثة أرباعه؛ لأن الطلاق يتنصف به المهر، فيصير مشاعاً بين الزوجين؛ فلا يستحق من الخمسين المخالع بها إلا نصفها، فلا يسلم للزوج عوضاً عن طلاقه إلا نصف الخمسين، ويرجع إليه بالطلاق النصف.

ومن نصر الوجه الأول قال: تنصف المهر يترتب على الخلع لا يقارنه؛ فقد ملك الخمسين كلّها قبل التنصف، لكن ملكه لها قارن سبب التنصف وهو البينونة؛ فهذا مأخذ الوجهين.

وللمسألة مأخذ آخر على تقدير التنصف قبل الملك، وهو ن يخالعها لخمسين من المهر مع علمها بأن المهر يتنصف بالمخالعة؛ هل يتنزل على خمسين مبهمة منه أو على الخمسين التي يستقر لها بالطلاق؟

وفي المسألة وجهان، وعليهما يتنزل الوجهان فيما إذا باع أحد الشريكين نصف السلعة المشتركة؛ هل يتنزل البيع على نص مشاع وإنما له فيه نصفه وهو الربع، أو على النصف الذي يخصه بملكه، وكذلك في الوصية وغيرها؟

واختيار القاضي أنه يتنزل على النصف الذي يخصه كله، بخلاف ما إذا قال له: أشركتك في نصفه وهو لا يملك سوى النصف؛ فإنه يستحق منه الربع لأن الشركة تقتضي التساوي في

---

(١) «المحرر» (٢/ ٩).

الملكين، بخلاف البيع.

والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور[1]: أنه لا يصح بيع النصف حتى يقول: نصيبي، فإن أطلق؛ تنزل على الربع.

ومنها: إذا تزوج في مرض موته بمهر يزيد على مهر المثل؛ ففي المحاباة روايتان:

إحداهما: أنها موقوفة على إجازة الورثة؛ لأنها عطية لوارث.

والثانية: تنفذ من الثلث، نقلها المروذي والأثرم وصالح وابن منصور والفضل بن زياد؛ فيحتمل أن يكون مأخذه أن الإرث المقارن للعطية لا يمنع نفوذها، ويحتمل أن يقال: إن الزوجة ملكتها في حال ملك الزوج للبضع وثبوت الإرث يترتب على ذلك.

وكذلك نص في رواية أبي طالب فيمن أقر لزوجته في مرضه بمهر يزيد على مهر المثل: أن الزيادة تكون من الثلث، ووجهه القاضي بما ذكرناه من الترتيب؛ لأن الإقرار تبين به أن الاستحقاق كان بالعقد، وهذا كله يرجع إلى أن العطية والوصية لمن يصير وارثاً يعتبر من الثلث، وهو خلاف المذهب المعروف، لكن قد يفرق بين أن يكون الوارث نسيباً أو زوجاً.

كما فرق القاضي في (كتاب الوصايا) من «خلافه» بينهما في مسألة الإقرار؛ لأن النسب سبب إرثه قائم حال الوصية، بخلاف أحد الزوجين، وفيما ذكره القاضي في توجيه رواية أبي طالب نظر؛ فإن أحمد لو اعتبر حالة العقد؛ لما جعله من الثلث، وإنما يتخرّج من هذه الرواية رواية عنه بأن إقرار المريض لوارثه يعتبر من الثلث، والله أعلم.

(١) مسائل أحمد لابن منصور (٢٥٧).

القاعدة الثامنة والخمسون

من تعلق به الامتناع من فعل هو متلبس به، فبادر إلى الإقلاع عنه؛ هل يكون إقلاعه فعلاً للممنوع منه، أم تركاً له فلا يترتب عليه شيء من أحكامه؟

هذا عدة أنواع[1]:

أحدها: ألا يتعلّق به حكم الامتناع بالكلية إلا وهو متلبس به؛ فلا يكون نزعة فعلاً للممنوع منه، فمن ذلك: إذا حلف لا يلبس ثوباً وهو لا بسه، أو لا يركب دابة وهو راكبها، أو لا يدخل داراً وهو فيها، وقلنا: إن الاستدامة كالابتداء في جميع هذه الأفعال؛ فخلع الثوب ونزل عن الدابة وخرج من الدار في أول أوقات الإمكان؛ فإنه لا يحنث لأن اليمين تقتضي الكف في المستقبل دون الماضي والحال، فيتعلق الحكم بأول أوقات الإمكان، ومنه ما إذا أحرم وعليه قميص؛ فإنه ينزعه في الحال، ولا فدية عليه؛ لأنّ محظورات الإحرام إنما تترتب على المحرم لا على المحل، ولا يقال: إنه بإقدامه على إنشاء الإحرام وهو متلبس بمحظوراته متسبب إلى مصاحبة اللبس في الإحرام، كما لا يقال مثل ذلك في الحالف والناذر؛ فإنه كان يمكنه أن لا يحلف ولا ينذر حتى يترك التلبس بما يحلف عليه، ومنه ما إذا فعل فعلاً محرماً جاهلاً أو ناسياً ثم ذكر؛ فإنه يجب عليه قطعه في الحال، ولا يترتب عليه أحكام المتعمد[2] له.

النوع الثاني: أن يمنعه الشارع من الفعل في وقت معين ويعلم المنع، ولكن لا يشعر بوقت المنع حتى يتلبس بالفعل، فيقع عنه في الحال؛ فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين:

---

(١) **ابن عثيمين**: (هذا رجل يجامع زوجته في ليلة رمضان، فأذّن الفجر وهو يجامع؛ هل إقلاعه يكون فعلاً للمحذور أو تركاً له فيه خلاف؟) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (إذا كان الامتناع لم يتعلق إلا وهو متلبس بالفعل؛ فهنا لا يكون تركه فعلاً للممنوع منه، فإذا قال: والله لا ألبس هذا الثوب ويكون لابساً له، ثم خلعه فوراً؛ فإنه لا كفارة عليه لأنه لم يتعلق المنع إلا وهو متلبس به، وكذلك رجل أحرم وعليه ثياب، وخلعها في الحال؛ فهل يلزمه فدية؟

لا، ولا إثم عليه؛ لأنه تعلق التحريم بهذا الثوب وهو متلبس به، فتركه وخلعه ليس كفعله، ومن ذلك ما لو فعل المحرم ناسياً أو جاهلاً ثم ذكر فتخلى عنه؛ فإن تخليه ليس فعلاً للمحذور، ولهذا لما علم النبي ﷺ بأن في نعليه قذراً خلعه؛ فلا نقول:إن خلعه إياهما فعلاً للمحذور بل هو تخل عنه) ا.هـ

أحدهما: أنه لا يترتّب عليه حكم الفعل المنهي عنه، بل يكون إقلاعه تركاً للفعل؛ لأنّ ابتداءه كان مباحاً، حيث وقع قبل وقت التحريم، وهو اختيار أبي حفص العكبري.

والثاني: أنه يكون حكمه حكم الفاعل بتركه؛ لإقدامه على الفعل، مع علمه بتحريمه في وقته، لا سيما مع قرب الوقت، وهذا ظاهر المذهب[١].

ومن صور المسألة: ما إذا جامع في ليل رمضان، فأدركه الفجر وهو مجامع، فنزع في الحال؛ فالمذهب أنه يفطر بذلك، وفي الكفارة روايتان، واختار أبو حفص: أنه لا يفطر، ولا خلاف في أنه لا يأثم إذا كان حال الابتداء متيقناً لبقاء الليل.

وبنى بعض الأصحاب المسألة على أصل آخر، وهو أن النزع هل هو جزء من الجماع أو ليس من الجماع؟ وحكوا في المسألة روايتين، واختار الشيخ تقي الدين[٢]: أنه لا يفطر بالنزع في هذه الحالة ولا بالأكل ولا بغيره بناءً على أنه إنما يتعلق به حكم وجوب الإمساك عن المفطرات بعد العلم بطلوع الفجر؛ فلا يكون الواقع منها في حالة الطلوع مُحَرَّماً ألبتة، كما قلنا في محظورات الإحرام: إنها إنما تثبت بعد التلبس به، وقد روي عن أحمد ما يدلّ على ذلك؛ فإنه قال: إذا شك في طلوع الفجر؛ فإنه يأكل حتى لا يشك أنه طلع، وفي المسألة أحاديث وآثار كثيرة[٣] تدل على ذلك، والله أعلم[٤].

---

(١) **ابن عثيمين:** (النوع الثاني: أن يُمنع من الفعل في وقت معيّن وهو يعلم، ثم يفعل هذا الفعل قبل وقت المنع ولا يشعر إلا والمنع قد حلّ؛ فهذا اختلف فيه الأصحاب؛ فمنهم من جعله كالنوع الأول: ليس فيه إثم ولا فدية؛ لأنه حال إقدامه على الفعل كان مباحاً له، ثم لما دخل وقت المنع خرج منه فوراً، فقال أبو حفص العكبري: ليس عليه شيء، وجعله كالنوع الأول، وهذا أصح، إنما يحصل التوقف فيما إذا فعله عن قُرْب، مثل أنه يعلم أن الوقت قريب جداً أي يعرف أنه إذا جامع لا يمكن أن ينتهي من جماعة حتى يطلع الفجر؛ فهذا معناه أنه أقدم على فعل يتقين أن بعضه سيكون في وقت المنع، فهنا قد نقول: إنه يكون كالفاعل، ولو أقلع في الحال أما إذا غلب على ظنه أنه ينتهي قبل وقت المنع، ولكن أخلف الواقعُ ظنه، فخرج الفجر قبل أن يتم ونزع في الحال؛ فهذا لا شيء عليه: لا إثم ولا كفارة ولا فطر، والمذهب أن عليه الكفارة والقضاء، والصواب أن يقال كذلك: إن النزع هو طريق التخلص من الجماع، وهو ليس جماعاً، والصواب كذلك فيمن جامع امرأته ثم حاضت ثم نزع: أنه لا شيء عليه) ا.هـ

(٢) مجموع الفتاوى (١٦/ ٢٢)، وكذا (٢٥/ ٢٦٣).

(٣) انظر المحلى لابن حزم (٦/ ٢٣١-٢٣٣)، وسلسلة الشيخ ناصر رحمه الله الصحيحة (١٣٩٤).

(٤) **ابن عثيمين:** (وما ذهب إليه الشيخ رحمه الله هو الأصح، أن التحريم لا يثبت إلا بعد العلم بطلوع الفجر لأن الله
=

ومنها: إذا وطئ امرأته، فحاضت في أثناء الوطء، فنزع؛ هل يلزمه الكفارة؟

إذا قلنا: يلزم المعذور؛ فمن الأصحاب من خرّجها على أن النزع هل هو جماع أم ترك للجماع؟ ومنهم من خرّجها على مسألة الصوم، والأظهر أنّه إنْ كان يعلم بمقتضى العادة قرب وقت حيضها، ثم وطئ وهو يخشى مفاجأة الحيض؛ فهو شبيه بمسألة الصوم، وإلا؛ فلا كفارة لأنّه إنّما تعلق به المنع بعد وجود الحيض وقد ترك الوطء حينئذ، وكذلك ينبغي أن يقال في الواطئ في ليل الصيام: إنّه إنْ ظن بقاء الليل وأنه في مهلة منه؛ لم يفطر، وإن خشي مفاجأة الفجر أفطر؛ لأنه أقدم على مكروه أو محرم ابتداءً[1].

النوع الثالث: أن يعلم قبل الشروع في فعل أنه متى شرع فيه ترتب عليه تحريمه، وهو متلبّس به؛ فهل يباح له الإقدام على ذلك الفعل لأنّ التحريم لم يثبت حينئذ، أم لا يباح لأنه يعلم أن إتمامه يقع حراماً؟

فيه لأصحابنا قولان، ومثال ذلك أن يقول لزوجته: إنْ وطئتك فأنت طالق ثلاثاً، أو فأنت عليَّ كظهر أمي، ومثل أن يعلم أنه متى أولج في هذا الوقت؛ طلع عليه الفجر وهو مولج؛ فحكى الأصحاب في مسألة الطلاق والظهار روايتين بنوهما على أنّ النزع هل هو جماع أو ليس بجماع؟

ورجّح صاحب «المغني»[2] التحريم في مسألة الطلاق والظهار على كلا القولين؛ لأنه استمتاع بأجنبية، وهو حرام، ولو كان لمس بدنها لشهوة؛ فلمس الفرج بالفرج أولى، بخلاف الصائم؛ فإنه لا يفطر إلا بالوطء، ويمكن منع كون النزع وطئاً، قال: فإن قيل: فهذا إنما يحصل

قال: ﴿فَٱلْـَٔـٰنَ بَـٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ ۚ وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِ﴾ فما دام الفجر لم يتبين فالأكل والشرب والجماع كله جائز، وإذا كان إنسان عمل عملاً أباحه له الشرع فإنه لا يمكن أن نلزمه بما يترتب على فاعل محرم لأنه يقول: أنا قد أذن لي الشارع هذا الفعل ولم يتبين لي ولهذا لو جامع امرأته في نهار رمضان وهو جاهل فلا إثم عليه ولا قضاء ولا كفارة على القول الراجح. أما حتى لو قلنا أنه لا يعذر فالصحيح أن النزع لا يلزم به شيء) ا.هـ

(١) ابن عثيمين: (الصحيح أنه لا شيء عليه) ا.هـ

(٢) «المغني» (٧/ ٣٦٢-٣٦٣).

ضرورةَ تركِ الوطءِ الحرام، قلنا: فإذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرم حرم ضرورة تـرك الحـرام، كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكلهُ إلا بـأكل لحـم الخنزير، أو اشتبـهت ميتـةٌ بمذكَّاةٍ؛ فإن الجميع محرمُ. انتهى.

وليس هذا مطابقاً لمسألتنا؛ فإن ابتداء الوطء هنا منفرد عن الحرام متميز عنه، لم يشتبه بحـرام ولم يختلط به، فإذا انضم إلى ذلك أن النزع ترك للحرام؛ لم يبق ها هنا حرام.

وأيضاً؛ فإن النزع ها هنا مقارن البينونة؛ فيمكن النزاع في تحريمه كما وقـع النزاع في ترتـب أحكام الزوجية معه، وأما الإيـلاج؛ فمقـارن لشـرط البينونـة؛ فـإن قيـل: إن المقـارن للشـرط كالمقارن للمشروط على ما سبق تقريره في القاعدة التي قبلها؛ توجه تحريمه أيضاً، وإلا؛ فلا.

وأيضاً، فمن يقول: النزع جزء من الجماع، وأن الجماع عبارة عن الإيلاج والنزع؛ يلـتزم أن الطلاق والظهار إنما يقعان بعد النزع لا قبله؛ فلا يحصل النزع في أجنبية ولا مظـاهر منـها، ولا يقال: يلزم على هذا أن لا يفطر الصـائم بـالإيلاج قبـل غـروب الشمـس إذا نـزع بعـده؛ لأن مفطرات الصائم لم تنحصر في الجماع وحده، بل تحصل بأمور متعددة؛ فيجوز أن يحصل بـأحد جزأي الجماع كما يحصل بالإنزال بالمباشرة ونحوه، بخلاف الأحكام المترتبة على مسمى الوطء؛ فإنها لا تثبت إلا بعد تمام مسمى الوطء[1].

---

(١) **ابن عثيمين:** (هذه المسألة وهي إذا كان يعلم أنه إذا باشر الفعل المباح باشر المحرم؛ فهل يحرم عليه أولاً؟
ذكر فيه للأصحاب قولين، وضرب لذلك مثالين:
الأول: قال لزوجته: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً، فإذا وطئها؛ فتكون بائناً منه، فإذا نزع؛ فقد نزع بأجنبية منـه، فـإذا نزع؛ فقد نزع بأجنبية منه، فإذا قلنا: النزع جماع؛ صار كأنه جامع امرأة أجنبية، وإذا قلنا: العبرة بالابتداء، وأنـه ابتـدأ الوطء وهي مباحة له، وليس النزع بجماع؛ فإن هذا النزع لا يحرم عليه، وهذا هو الصحيح، ولكن هذه المسـألة أشـد من المسألة السابقة؛ لأن السابقة جامع وهو لا يتيقن أنه لن ينزع إلا بعـد التحريـم، وكذلـك إذا قـال: إن جامعتك فأنت عليّ كظهر أمي، وهذا ظهار، والمظاهر منها لا يجوز جماعها؛ فهل يجوز حينئذ أن يقدم على الجماع؟
إن أقدم عليه؛ صار مظاهراً، أو إن لم يقدم؛ فرط في حقّ الزوجة بالجماع؛ فهو إن جامع فحرام، وإن لم يجامع فحرام، فيقال له: أنت الذي أحرجت نفسك، والصحيح في هذه المسألة أنه لا بأس أن يجامع أولاً؛ لأننا نمنع أن يكون الـنزع جماعاً، بل هو جزء من الجماع.
ثانياً: إنه لا يصدق الجماع الذي تترتب عليه الأحكام إلا بالجماع والنزع، فيقال: جامع زوجته ليس المقصود الإيلاج فقط، بل هو إيلاج ونزع.
وهذه التعليلات الفقهية أشبه ما تكون بكلام المتكلمين في العقيدة، وإلا؛ فالقول الراجح بـلا شـك أن الرجـل إذا لم يثبت التحريم في حقه إلا بعد الإيلاج؛ فإن النزع تخلص من الحرام وليس فعل الحرام، ولكـن تكـون المـرأة مظـاهرة بمجرد النزع، وكذا الطلاق لكن الطلاق الثلاثة على القول الراجح واحدة) ا.هـ

النوع الرابع: أن يتعمّد الشروع في فعل محرم عالماً بتحريمه، ثم يريد تركه والخروج منه وهو متلبّس به؛ فيشرع في التخلص منه بمباشرته أيضاً، كمن توسّط داراً مغصوبة ثم تاب وندم واخذ في الخروج منها، أو طيَّب المحرم بدنه عامداً ثم تاب وشرع في غسله بيده قصداً لإزالته، أو غصب عيناً ثم ندم وشرع في حملها على رأسه إلى صاحبها، وما أشبه ذلك.

والكلام ها هنا في مقامين:

أحدهما: هل تصح التوبة في هذه الحال ويزول الإثم بمجردها، أم لا يزول حتى ينفصل عن ملابسة الفعل بالكلية؟

وفيه لأصحابنا وجهان[1]:

أحدهما: وهو قول ابن عقيل: أن توبته صحيحة، ويزول عنه الإثم بمجردها، ويكون تخلّصه من الفعل طاعة وإن كان ملابساً له؛ لأنه مأمور به؛ فلا يكون معصية، ولا يقال: من شرط التوبة الإقلاع، ولم يوجد؛ لأن هذا هو الإقلاع بعينه.

وأيضاً؛ فالإقلاع إنما يشترط مع القدرة عليه دون العجز، كما لو تاب الغاصب وهو محبوس في الدار المغصوبة، أو توسط جمعاً من الجرحى متعمداً، ثم تاب وقد علم أنه إن أقام قتل من هو عليه وإن انتقل؛ قُتِلَ غيره، لكن هذا من محل النزاع أيضاً.

والوجه الثاني: وهو قول أبي الخطاب: أن حركات الغاصب ونحوه في خُرُوجِه ليست طاعة ولا مأموراً بها، بل هي معصية، ولكنه يفعلها لدفع أكبر المعصيتَيْن بأقلهما، وأبو الخطاب

---

(١) **ابن عثيمين**: (إذا سقط عليه طيب ولم يضعه هو قصداً وهو محرم؛ فهل يجوز أن يغسله ويباشره أو لا؟ نعم، الواجب أن يغسله، ومباشرته هنا ليس فيها شيء؛ لأنه إنما باشره لإزالته لا لاستعماله، فإذا علق منه شيء بيده؛ فلا حرج عليه، ولكن يزيله هذا إذا سقط عليه بدون قصد ولا فعل، إذاً مباشرة الشيء المحرم للتُخلُّص منه لا بأس بها، وكما أن المستنجي يمس النجاسة بيده؛ لكن لا من أجل مباشرة النجاسة، بل من أجل إزالة النجاسة والتخلّص منها، وكذلك إذا توضأ الإنسان وهو محرم وقد مس رأسه الطيب فسوف يمسح على رأسه، وإذا مسح على رأسه فسوف يباشر الطيب، فهذا لا بأس به؛ لأنه ثبت أن النبي ﷺ كان يُرى وبيص المسك في مفارق رأسه وهو محرم، ومع ذلك كان يتوضأ، بل كان يغتسل ويخلّل رأسه بالماء، وهذا لا بد فيه من مباشرة الطيب، ولكنه ليس مقصوداً، بخلاف الذي يضع الطيب على نفسه بعد الإحرام فهذا قاصد) اهـ.

وإن قال ليست طاعة؛ فهو يقول: لا إثم فيها، بل يقول بوجوبها، وهو معنى الطاعة.

وخرَّج بعضُ الأصحابِ الخلاف في هذه المسألة على الخلاف في جواز الإقدام على الوطء في مسائل النوع الثالث، فإن قيل بجوازه؛ لزم أن يكون الترك امتثالاً من كل وجه؛ فلا يكون معصية، وإن قيل بتحريمه؛ لزم تحريم الترك ها هنا، وقد يفرّق بأن التحريم ثَمَّ طارئ وهنا مستصحب من الابتداء؛ فلا يلزم من الجواز ثَمَّ الجواز هنا، ويلزم من التحريم هناك التحريم ها هنا بطريق الأولى[1].

والمقام الثاني في الأحكام المترتبة على هذا الأصل، وهي كثيرة:

فمنها: غسل الطيب للمحرم بيده يجوز؛ لأنه ترك للتطيب لا فعل له، ذكره الأصحاب واستدلوا بحديث الذي أحرم وهو متضمخ بطيب، فأمره النبي ﷺ أن يغسله عنه[2]، ولكن هذا كان جاهلاً بالحكم؛ فهو كمن تطيّب بعد إحرامه ناسياً؛ فإنه يغسله بغير خلاف، وخص كثير من الأصحاب؛ كالقاضي وغيره الحكم بالناسي وهو مشعر بأنّ العامد بخلافه، وهو متخرج على الخلاف السابق في كونه معصية، والصحيح التعميم؛ لأنّ مباشرة الفعل إنما جازت ضرورة الخروج منه، والمحرم لا ضرورة له بالغسل بيده، فلما أذن الشارع فيه؛ دلّ على أن مباشرة الطيب لقصد إزالته ومعالجته غير ممنوع[3].

ومنها: إذا تعمّد المأموم سبق إمامه في ركوع أو سجود، وقلنا: لا تبطل صلاته بمجرد تعمّد السبق[4]؛ فهل يجب عليه العود إلى متابعة الإمام أم لا؟

---

(١) **ابن عثيمين**: (الصواب ما قاله ابن عقيل: أن حركاته هذه طاعة لأنه لا يمكن التخلص من هذا المحرم إلا بهذه الحركات؛ فهذا رجل سرق متاعاً وهو عنده الآن، ثم تاب من ذلك وأراد أن يرجعه إلى صاحبه؛ فهل نقول: إن حمله إلى صاحبه هو فيه آثم؟ لا، بل الصواب أنه مطيع، وهذا هو غاية ما يقدر عليه، ولو مات في هذه الحال؛ لقلنا: إن توبته صحيحة) ا.هـ

(٢) الحديث في البخاري (١٧٨٩)، ومسلم (١١٨٠).

(٣) **ابن عثيمين**: (لم يتعرض المصنف لمسألة الفدية، والمعروف أن من تعمد التطيّب فعليه فدية؛ إما صدقة ثلاثة أصواع لستة مساكين لكل مسكين نصف صاع، أو صيام ثلاثة أيام، أو ذبح شاة توزع على الفقراء) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين**: (والصواب أن الإنسان إذا تعمد سبق إمامه بركوع أو سجود أو قيام؛ فإن صلاته تبطل لأنه فعل محرماً، قال رسول الله ﷺ: «أما يخشى الذي يرفع رأسه قبل الإمام أن يحول الله رأسه رأس حمار، أو يجعل صورته صورة حمار؟!»؛ فالصحيح أن مجرد السبق -أي في الركن عمداً- يبطل الصلاة، وإذا قلنا: إنه لا يبطل، وهو المذهب؛ فهل يلزمه العود؟ هذه هي المسألة) ا.هـ

أطلق كثيرٌ من الأصحاب وجوب العودِ من غير تفريق بين العامد وغيره، كما وردت به الآثار عن الصحابة؛ كعمر وابنه وابن مسعود رضي الله عنهم[١].

وفرق صاحب «المحرر»[٢] بين العامد وغيره وقال: متى عاد العامد بطلت صلاته؛ لأنه قد تعمّد زيادة ركن كامل عمداً، وإنما يعود الساهي والجاهل، وقد يقال: إن عود العامد يتخرّج على أن العود إنما هو قطع للفعل المنهي عنه الذي ارتكبه ورجوع عنه إلى متابعة الإمام الواجبة؛ فلا يكون منهياً عنه، بل مأمور به؛ كالخروج من الدار المغصوبة ونحوها على ما سبق، وقد يفرّق بأن حقيقة السجود وضع الأعضاء المخصوصة على الأرض، فإذا زيد هذا المقدار عمداً؛ بطلت به الصلاة، وأما الهويُ إليه والرفع منه؛ فليسا من ماهيته، وإنما هما حدان له؛ فلا أثر لنية قطعهما بالرفع، فإن الرفع ليس منه، وإنما هو غاية له، وفصل بينه وبين غيره وما مضى منه، ووجد لا يمكن رفعه، وهو سجود تام؛ فتبطل الصلاة بزيادته عمداً، وهذا قد يلزم منه أن السبق للركن[٣] عمداً يبطل الصلاة، وقد قيل: إنه المنصوص عن أحمد، وعلى الوجه الآخر؛ فيقال: لمّا لحقه الإمام في هذا الركن واجتمع معه فيه؛ اكتفى بذلك في المتابعة[٤].

---

(١) أما عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقد ورد أنه قال: «إذا رفع أحدكم رأسه قبل الإمام؛ فليقعد، ثم ليمكث بعد أن يرفع الإمام رأسه بقدر ما كان رفعه» رواه البخاري في التاريخ الكبير (٢/ ٢٨١)، وعبدالرزاق في مصنفه (٣٧٥٨) وابن أبي شيبة (٤٦٢٢) وسنده صحيح كما قال ابن حجر في «الفتح» (٢/ ١٧٤).

وأما عن ابن عمر فرواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٦٢٣).

وأما عن ابن مسعود فقد ذكره البخاري في صحيحه معلقاً (٢/ ١٧٢) ووصله ابن أبي شيبة (٤٦٢٠)، وعبدالرزاق (٣٧٥٧)، وصححه الحافظ في الفتح (٢/ ١٧٤).

(٢) «المحرر» (١/ ١٠٢-١٠٣).

(٣) **ابن عثيمين**: (الفرق بين السبق في الركن والسبق للركن السبق للركن أن تصل إليه قبل الإمام والسبق به أن تفرغ منه قبل وصول الإمام إليه مثل سجدة قبل الإمام ثم سجد الإمام بعدك وأنت ساجد وسجدة رفعت قبل أن يسجد الإمام هذا سبقاً بالركن) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين**: (الصحيح في هذه المسألة أن السبق إلى الركن عمداً يبطل الصلاة، وعليه أن يقطع صلاته ويستأنف صلاة من جديد، أما إذا كان سهواً أو خطأً -السهو بالنسيان، والخطأ بأن يسمع صوتاً فيظنه تكبير الإمام-؛ فهنا نقول: إن لحق الإمام فيه؛ فليستمر، وإن لم يلحقه؛ فليرجع وليأت به بعد الإمام، وسواء سبق بركن -أي: فرغ من الركن والإمام لم يبدأ به بعد- أو سبق إلى ركن -أي: سبق الإمام إلى الركن ولحق الإمام فيه هذا إن كان ساهياً أو خاطئاً-) ا.هـ

القاعدة التاسعة والخمسون

العقود لا تردُ إلا على موجود بالفعل أو بالقوة، وأما الفسوخ؛ فترد على المعدوم حكماً واختيارا على الصحيح.

وقد دلّ عليه حديث المصراة؛ حيث أوجب الشارع ردّ صاع التمر عوضاً عن اللبن بعد تلفه، وهو مما ورد العقد عليه؛ فدل على أنه حكم بفسخ العقد فيه ورد عوضه مع أصله والرجوع بالثمن كاملاً.

فأما الانفساخ الحكمي بالتلف؛ ففي مواضع:

منها: إذا تلف المبيع المبهم قبل قبضه؛ انفسخ العقد فيه وفي عوضه؛ سواء كان ثمناً أو مثمناً.

ومنها: إذا تلفت الثمار المشتراة في رؤوس النخل قبل جدها بجائحة؛ فإن العقد ينفسخ فيها.

ومنها: إذا تلفت العين المستأجرة قبل مضي مدة الإجارة؛ انفسخ العقد فيما بقي منها.

وأما الفسخ الاختياري؛ فكثير، ومن مسائله: إذا تلف المبيع في مدة الخيار؛ هل يسقط الخيار أم لا يسقط؟

وللبائع الفسخ، ويرجع بعوضه، ويرد الثمن على روايتين معروفتين.

ونقل أبو طالب عنه: إن أعتقه المشتري أو تلف عنده؛ فللبائع الثمن، وإن باعه ولم يمكنه رده؛ فله القيمة، ففرق بين التلف الحسي والحكمي وبين التفويت مع بقاء العين؛ فأجاز الفسخ مع بقائها لإمكان الرجوع، بخلاف التلف.

وأيضاً؛ فتصرفه بالبيع في مدة الخيار جناية حال بها بين البائع والرجوع في ماله، فملك أن يفسخ ويضمنه القيمة للحيلولة، وإلى هذا المأخذ أشار أحمد رحمه الله تعالى.

ومنها: إذا اختلف المتبايعان في الثمن بعد تلف المبيع، وفيه روايتان.

إحداهما: يتخالفان، ويفسخ البيع، ويغرم المشتري القيمة.

والثانية: القول قول المشتري مع يمينه في قدر الثمن، ولا فسخ، اختارها أبو بكر.

ومنها: إذا تبايعا جارية بعبد أبو بثوب، ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً وقد تلف الآخر؛ فإنه يرد ما بيده ويفسخ العقد ويرجع بقيمة التالف، نص عليه أحمد في «رواية حنبل» و«ابن منصور»، ولم يذكر الأصحاب فيه خلافاً؛ لأن هنا عين باقية يمكن الفسخ فيها، فيقع الفسخ في التالف تبعاً؛ كما لو كان الثمن نقداً معيناً وقد تلف؛ فإنه لا خلاف أنه يرد السلعة بالعيب ويأخذ بدل الثمن.

ومنها: إذا تلف بعض المبيع المعيب وأراد ردّه؛ فهل يجوز ردّ الموجود مع قيمة المفقود ويأخذ الثمن؟

ظاهر كلام القاضي في «خلافه» في المسألة التي قبلها جوازه؛ لأنّ الفسخ في المفقود هنا تابع للفسخ في الموجود.

وخرّجه صاحب «التلخيص» على روايتين فيما إذا اشترى شيئاً فبان معيباً وقد تعيب عنده؛ فإنّه يرده على إحدى الروايتين، ويرد معه أرش العيب الحادث عنده منسوباً من قيمته لا من ثمنه، فورد الفسخ هنا على المفقود تبعاً للموجود.

واعتذر ابن عقيل عن ضمانه بالقيمة بأنه لما فسخ العقد صار المبيع في يده كالمقبوض على وجه السوم؛ لأنه قبض بحكم عقد، فلذلك ضمن بالقيمة، وهذا رجوع إلى أن الفسخ رفع للعقد من أصله، وهو ضعيف.

ومقتضى هذا أن الأصل ضمانه بجزء من الثمن، وهو مقتضى ما ذكره القاضي وابن عِقيل في مسائل التفليس؛ لأنّ كل جزء من المبيع مقابل بجزء من الثمن، فإذا لم يمكن رد المبيع كله؛ رد الموجود منه بقسطه من الثمن كما في تفريق الصفقة، وهذا بخلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري من البائع؛ فإنه يأخذه منسوباً بقسطه من الثمن. واختلف الأصحاب فيه:

فمنهم من يقول: هو فسخ للعقد في مقدار العيب ورجوع بقسطه من الثمن، وعلى هذا؛ فالفسخ ورد على معدوم مستحق التسليم، وهذا في المشتري في الذمة كالسلم ظاهراً؛ لأنّه كان يستحقه سليماً، فأما في المعين؛ فلم يقع العقد على غير عينه، فلا يمكن أن يكون الأرش فسخاً إلا أن يقال: إطلاق العقد على العين يقتضي سلامتها؛ فكأنها موصوفة بصفة السلامة، وقد فاتت.

ومنهم: من يقول: بل هو عوض عن الجزء الفائت، وعلى هذا؛ فهل هو عوض عن الجزء نفسه أو عن قيمته؟

ذهب القاضي في «خلافه» إلى أنه عوض عن القيمة، وذهب ابن عقيل في «فنونه» وابن المني إلى أنه عوض عن العين الفائتة، وبنى على ذلك جواز المصالحة عنه بأكثر من قيمته، فإن قلنا: المضمون العين؛ فله المصالحة عنها بما شاء، وإن قلنا: القيمة؛ لم يجز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها.

ومنهم من قال: هو إسقاط لجزء من الثمن في مقابلة الجزء الفائت الذي تعذّر تسليمه لا على وجه الفسخ؛ لأنّ الفسخ لا يقابل الصحة والسلامة، وإنما يقابل الأجزاء المشاعة، فإذا عقد على عين موصوفة وفات بعض صفاتها؛ رجع بما قابله من الثمن من غير فسخ.

وكل من هذه الأقوال الثلاثة قاله القاضي في موضع من «خلافه»، وينبني على الخلاف في أن الأرش فسخ أو إسقاط لجزء من الثمن أو معاوضة: أنه إن كان فسخاً أو إسقاطاً؛ لم يرجع إلا بقدره من الثمن، ويستحق جزءاً من غير الثمن مع بقائه، بخلاف ما إذا قلنا: هو معاوضة، وأما إن أسقط المشتري خيار الرد بعوض بذله له البائع وقبله؛ فإنه يجوز على حسب ما يتفقان عليه، وليس في الأرش في شيء، ذكره القاضي وابن عقيل في «الشفعة»، ونص أحمد على مثله في النكاح في خيار المعتقة تحت عبد.

ومنها: إذا تلفت العين المعيبة كلّها؛ فهل يملك المشتري الفسخ ورد بدلها أم لا؟

الذي عليه الأكثرون: أنه لا يملك ذلك، وأشار إليه أحمد في «رواية ابن منصور»[(١)]، قالوا: لأنّ الرد يستدعي مردوداً، ولا مردود إلا مع بقاء العين، وظلامته تستدرك بالأرش، وهو ضعيف؛ لأنّ البدل يقوم مقام العين.

وخرّج القاضي في «خلافه» جواز ذلك من رد المشتري أرش العيب الحادث عنده كما تقدم، وذكر أنه قياس المذهب، وتابعه عليه أبو الخطاب في «انتصاره»، وجزم بذلك ابن عقيل في «الفصول» من غير خلاف حكاه.

---

(١) مسائل أحمد لابن منصور (١/ ٩٠).

ومنها: إذا اشترى ربوياً بجنسه فبان معيباً، ثم تلف قبل رده؛ فإنه يملك الفسخ، ويرد بدله ويأخذ الثمن؛ لأنه لا يجوز له أخذ الأرش على الصحيح لمحذور الربا؛ فتعين الفسخ.

ومنها: الإقالة؛ هل تصح بعد تلف العين؟

قال القاضي مرة: لا تصح؛ لأنها عقد يقف على الرضا من الجانبين؛ فهي كالبيع، بخلاف الرد بالعيب، ثم قال في موضع آخر: قياس المذهب صحتها بعد التلف إذا قلنا: هي فسخ، وتابعه أبو الخطاب في «الانتصار» وابن عقيل في «نظرياته»، وحكى صاحب «التلخيص» فيها وجهين بخلاف الرد بالعيب، وفرق بأن الرد يستدعي مردوداً، بخلاف الفسخ، وهو ضعيف؛ فإن الرد فسخ أيضاً، والإقالة تستدعي مقالاً فيه، ولكن البدل يقوم مقام المبدل هنا للضرورة.

ومنها: الشركة في البيوع، وهي نوع منها، وحقيقتها أن يشتري رجل شيئاً، فيقول لآخر: أشركتك في نصفه أو جزء مشاع منه، فيقبل؛ فيصح ذلك، ويكون تمليكاً منجزاً بعوض في الذمة، وموضوع هذا العقد أنه إن ربح المال المشترك فيه؛ فالربح بينهما، ويتقاصان بالثمن، ويصير المشترك شريكاً في الربح، فيأخذ حصته منه، وإن تلف المال أو خسر؛ انفسخت الشركة؛ فيكون الخسران أو التلف على المشتري، فيقدر انفساخ الشركة حكماً في آخر زمن الملك قبل بيعه بخسارة أو تلفه، وإنّما يحكم بالانفساخ بعد التلف والخسران؛ فيكون هذا العقد مُقيَّداً للشركة في الربح خاصة، ويكون فسخه معلقاً على شرط، ويكتفي في ذلك بمسمّى الشركة من غير حاجة إلى شرط لفظي.

وقد نص أحمد على جواز هذا في رواية جماعة؛ منهم: الأثرم ومهنا وأحمد بن القاسم وسنديّ[1] وأبوطالب وأحمد بن سعيد وابن منصور[2] وغيرهم، ونقل مثل ذلك عن شريح والشعبي صريحاً، وسئل أحمد: هل يدخل هذا في ربح ما لم يضمن؟ فقال: هو مثل المضارب، يأخذ الربح ولا ضمان عليه.

وقد أشكل توجيه كلام أحمد على القاضي وغيره؛ فحملوه على محامل بعيدة جدّاً، وحمله ابن أبي موسى على ظاهره، وتبعه الشيرازي؛ إلا أنه خرج وجهاً آخر: أن الوضيعة عليهما كالربح.

---

(١) هو أبوبكر الخواتيمي السندي البغدادي سمع من الإمام أحمد مسائل صالحة.

(٢) مسائل أحمد لابن منصور (١/ ٤٠٥).

القاعدة الستون

التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد؛ لم يجز ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه؛ فيجوز على ذلك الوجه.

فمن ذلك: الموصى إليه؛ أطلق كثير من الأصحاب أن له الرد بعد القبول في حياة الموصي وبعده. وقيد ذلك صاحب «المحرر»[1] بما إذا وجد حاكماً؛ لئلا يضيع إسناده فيقع الضرر، وأخذها من رواية حنبل عن أحمد في الوصي يدفع الوصية إلى الحاكم فيبرأ منها، قال: إن كان حاكماً؛ فنعم. وحكى رواية أخرى: أنه لا يملك الرد بعد الموت بحال ولا قبله إن لم يعلمه بذلك؛ لما فيه من التغرير به، وحكى ابن أبي موسى رواية: أنه ليس له الرد بحال إذا قبل، ومن الأصحاب من حملها على ما بعد الموت وحكاها القاضي في «خلافه» صريحاً في الحالين.

ومنها: الوكيل في بيع الرهن إذا عزله الراهن يصح عزله على المنصوص؛ لأن الحاكم يأمره بالبيع ويبيع عليه.

وخرج ابن أبي موسى وجهاً آخر: أنه لا ينعزل؛ لأن فيه تغريراً للمرتهن.

ويتخرّج وجه ثالث بالفرق بين أن يوجد حاكم يأمر بالبيع أو لا من مسألة الوصية.

ومنها: أنه يجوز فسخ عقد الجعالة، لكن يستحق العامل أجرة المثل؛ لبطلان المسمى بالفسخ، فإذا عمل به أحد مستنداً إليه؛ استحق أجرة المثل، كما لو سمى له تسمية فاسدة، ويتخرج أن يستحق في جعل الرد الآبق المسمى بالشرع؛ لأن المستحق بالإطلاق وقد صار وجود التسمية كالعدم.

ومنها: إذا فسخ المالك عقد المساقاة، وقلنا: هي جائزة، فإن كان بعد ظهور الثمرة؛ فنصيب العامل فيها ثابت لأنه يملكه بالظهور رواية واحدة؛ لأن حصة المساقي ليست وقاية للمال، بخلاف المضارب، وكذلك لو فسخ العامل بعد الظهور، وأما إن كان الفسخ قبل الظهور، فإن

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٩٢).

كان من العامل؛ فلا شيء له لإعراضه، وإن كان من المالك؛ فعليه أجرة المثل للعامل؛ لأنه منعه من إتمام عقد يقضي إلى حصول المسمى له غالباً؛ فلزمه ضمانه.

وأيضاً؛ فإن ظهور الثمرة بعد الفسخ لعمل العامل فيها أثر بالقيام عليها وخدمتها؛ فلا يذهب عمله مجاناً، وقد أثر في حصول المقصود، ويتوجه على قول ابن عقيل في المضاربة أن ينفسخ العقد بالنسبة إلى المالك دون العامل؛ فيستحق من الثمر المسمى له.

ومنها: إذا زارع رجلاً على أرضه، ثم فسخ المزارعة قبل ظهور الزرع أو قبل البذر وبعد الحرث؟

قال ابن منصور في «مسائله»: قلت لأحمد: الأكّار يريد أن يخرج من الأرض فيبيع الزرع؟ قال: لا يجوز بيعه حتى يبدو صلاحه. قلت: فيبيع عمل يديه وما عمل في الأرض، وليس فيها زرع. قال: لم يجب له شيء بعد، إنما يجب بعد التمام.

قال ابن منصور: يقول: يجب له بعد ما يبلغ الزرع لما اشترط عليه أن يعمل حتى يفرغ، فأما أن يكون يذهب عمل يديه وما أنفق في الأرض؛ فلا، وذلك أنه إذا أخرجه صاحبه أو خرج بإذنه، فإذا خرج من ذات نفسه؛ فليس له شيء. انتهى.

فحمل ابن منصور قول أحمد: «أنه لا شيء له» على ما إذا خرج بنفسه؛ لأنه معرض عما يستحقه من الأرض، بخلاف ما إذا أخرجه المالك أو خرج بإذنه، وظاهر كلامه أنه تجب له أجرة عمله بيديه وما أنفق على الأرض من ماله، مع أن كلام أحمد قد يحمل على أنه أراد أنه لا يبيع آثار عمله؛ لأنها ليست أعياناً، وهذا لا يدل على أنه لا حق له فيها بالكية، ولهذا نقول في آثار الغاصب: أنه يكون شريكاً بها على أحد القولين، والمفلس ونحوه لا خلاف فيه، مع أن القاضي قال في «الأحكام السلطانية»[1]: قياس المذهب جواز بيع العمارة التي هي الإثارة، ويكون شريكاً في الأرض بعمارته.

وأفتى الشيخ تقي الدين[2] فيمن زارع رجلاً على مزرعة بستانه ثم أجرها؛ هل تبطل المزارعة:

---

(١) «الأحكام السلطانية» (ص٢١٠).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٠/ ١١٥).

أنه إن زارعه مزارعة لازمة؛ لم تبطل بالإجارة، وإن لم تكن لازمة؛ أعطى الفلاح أجرة عمله.

وأفتى أيضاً في رجل زرع أرضاً وكانت بواراً وحرثها؛ فهل له إذا خرج منها فلاحَه؟ أنه إن كان له في الأرض فِلاَحة لم ينتفع بها؛ فله قيمتها على من انتفع بها، فإن كان المالك انتفع بها وأخذ عوضاً عنها من المستأجر؛ فضمانها عليه، وإن أخذ الأجرة على الأرض وحدها؛ فضمان الفِلاَحة على المستأجر المنتفع بها.

ونص أحمد في «رواية صالح» فيمن استأجر أرضاً مفلوحة وشرط عليه أن يردها مفلوحة كما أخذها: أن له أن يردها عليه كما شرط، ويتخرج مثل ذلك في المزارعة.

ومنها: المضاربة تنفسخ بفسخ المالك لها ولو كان المال عرضاً، ولكن للمضارب بيعه بعد الفسخ لتعلق حقه بربحه، ذكره القاضي في «خلافه»، وهو ظاهر كلام أحمد في «رواية الشيخ ابن منصور».

وذكر القاضي في «المجرد» وابن عقيل في (باب الشركة): أن المضارب لا ينعزل ما دام المال عرضاً، بل يملك التصرف حتى ينض رأس المال، وليس للمالك عزله، وأن هذا ظاهر كلام أحمد في «رواية حنبل»، وذكرا في المضاربة أنه ينعزل بالنسبة إلى الشراء دون البيع، وحمل صاحب «المغني»[1] مطلق كلامهما في الشركة على التقييد، ومعناه أن المضارب بعد الفسخ يملك تنضيض المال، وليس للمالك منعه من ذلك إذا كان فيه ربح، لكن ابن عقيل صرح في موضع آخر بأن العامل لا يملك الفسخ حتى ينض رأس المال؛ مراعاة لحق مالكه.

ثم قال ابن عقيل: إذا قصد المالك بعزله الحيلة لاقتطاع الربح، مثل أن يشتري متاعاً يرجو به الربح في موسم، فينفسخ قبله ليقومه بسعر يومه ويأخذه؛ لم ينفسخ في حق المضارب في الربح، وإذا جاء الموسم؛ أخذ حصته منه، فجعل العقد باقياً بالنسبة إلى استحقاق نصيبه من الربح الذي أراد المالك إسقاطه بعد انعقاد سببه بعمل المضارب؛ فهو كالفسخ بعد ظهور الربح.

وقال ابن عقيل أيضاً في (باب الجعالة): المضاربة كالجعالة، لا يملك رب المال فسخها بعد

---

(١) «المغني» (٥/ ٣٨).

تلبس العامل بالعمل، وأطلق ذلك وقال في «مفرداته»: إنما يملك المضارب الفسخ بعد أن ينض رأس المال، ويعلم رب المال أنه أراد الفسخ؛ لئلا يتمادى به الزمان فتتعطل عليه الأرباح.

قال: وهذا هو الأليق بمذهبنا، وأنه لا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه؛ لأنه ذريعة إلى غاية الإضرار، وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح، ولهذا لا يملك عندنا فسخها ورأس المال قد صار عروضاً، لكن إذا باعها ونض رأس المال؛ فسخ. انتهى.

وحاصله أنه لا يجوز للمضارب الفسخ حتى ينض رأس المال ويعلم به ربه؛ لئلا يتضرر بتعطيل ماله عن الربح، كما ذكر أنه في الفضول أن المالك لا يملك الفسخ إذا توجه المال إلى الربح ولا يسقط به حق العامل، وهو حسن جار على قواعد المذهب في اعتبار المقاصد وسد الذرائع، ولهذا قلنا: إن المضارب إذا ضارب لآخر من غير علم الأول، وكان عليه في ذلك ضرر؛ رد حقه من الربح في شركة الأول، مع مخالفته لإطلاق الأكثرين أنه إذا فسخ قبل الظهور فلا شيء له.

وأما ما ذكره في (باب الجعالة)؛ ففيه بُعْدٌ إلا أن ينزل على مثل هذا الحال، مع أن القاضي ذكر مثله أيضاً في (باب الجعالة).

ومنها: الشركة إذا فسخ أحدهما عقدها بالقول؛ انْفَسَخت، وإن قال الآخر:عزلتك؛ انعزل المعزول وحده، ذكره القاضي، وينفسخ مع كون المال عروضاً أو ناضّاً.

وحكى صاحب «التلخيص» رواية أخرى: لا ينعزل حتى ينض رأس المال؛ كالمضارب، قال: والمذهب الأول، وفرق بأن الشريك وكيل والربح يدخل تبعاً، بخلاف حق المضارب؛ فإنه أصلي، ولا يظهر بدون البيع.

ومنها: الوكيل إذا وكله في فعل شيء، ثم عزله وتصرف قبل العلم تصرفاً يوجب الضمان؛ فهل يضمنه الموكل؟

فيه وجهان مذكوران فيما إذا وكله في استيفاء القصاص ثم عزله فاستوفاه قبل العلم، قال أبو بكر: لا ضمان على الوكيل؛ فمن الأصحاب من قال: لعدم تفريطه، ومنهم من قال: لأن عفو موكله لم يصح؛ حيث حصل على وجه لا يمكن استدراكه؛ فهو كما لو عفى بعد الرمي.

قال أبو بكر: وهل يلزم الموكل الضمان؟

على قولين:

أحدهما: لا ضمان عليه، ووجه بأن عفوه لم يصح كما ذكرنا، وبأنه محسن بالعفو؟ فلا يترتب عليه الضمان به.

والثاني: عليه الضمان؛ لأنه سلطه على قتل معصوم لا يعلم بعصمته؛ فكان الضمان عليه، كما لو أمر بالقتل من لا يعلم تحريمه فقتل؛ كان الضمان على الآمر.

وللأصحاب طريقة ثانية، وهي البناء على انعزال الوكيل قبل العلم، فإن قلنا: لا ينعزل؛ لم يصح العفو، فيقع القصاص مستحقاً لا ضمان فيه، وإن قلنا: ينعزل؛ صح العفو وضمن الوكيل، كما لو قتل مرتداً، وكان قد أسلم ولم يعلم به، وهل يرجع على الموكل؟

على وجهين:

أحدهما: يرجع لتغريره.

والثاني: لا؛ لأن العفو إحسان منه لا يقتضي الضمان.

وعلى هذا؛ فالدية على عاقلة الوكيل عند أبي الخطاب؛ لأنه خطأ، وعند القاضي في ماله؛ لأنه عمد، وهو بعيد، وقد يقال: هو شبه عمد، كذا حكى صاحب «المغني»[1].

وللأصحاب طريقة ثالثة، وهي: إن قلنا: لا ينعزل؛ لم يضمن الوكيل، وهل يضمن العافي؟ على وجهين بناءً على صحة عفوه، وتردد بين تغريره وإحسانه، وإن قلنا: ينعزل؛ لزمته الدية، وهل يكون في ماله أو على عاقلته؟ على وجهين.

وهذه طريقة أبي الخطاب وصاحب «الترغيب»، وزادوا: إذا قلنا: في ماله؛ فهل يرجع بها إلى الموكل؟

على وجهين:

---

(١) «المغني» (٥/ ٧١).

ولو وكّله في بيع شيء أو وقف أو في عتق عبدٍ، ثم عزله، ثم فعل ما وكل فيه قبل العلم بعزله؛ فإن قيل: لا ينعزل قبل العلم؛ فالتصرف صحيح، ولا كلام، وإن قيل: ينعزل؛ فالعقد باطل، وكذلك وقف المشتري وعتقه.

وأما استقلاله؛ فقال الشيخ تقي الدين[1]: لا يضمنه الوكيل لانتفاء تفريطه، والمشتري مغرور، وفي تضمينه خلاف في المذهب، وإذا ضمن؛ رجع على الغار على الصحيح، والغار هنا لا ضمان عليه؛ فلا ضمان على واحد منهما. انتهى.

وعلى القول بضمان الوكيل في مسألة استيفاء القصاص من غير رجوع قد يتوجه ضمان الوكيل هنا، وفيه بُعْدٌ أيضاً؛ لأن الضمان هنا لو وجب لوجب للغار، والغار من شأنه أن يضمن لا أن يضمن له، وأما المشتري؛ فهو شبيه بالمشتري من المشترى من الغاصب إذا لم يعلما بالغصب، والمعروف في المذهب تضمينه، لكن لا يمكن الرجوع هنا على الوكيل.

(١) «الاختيارات» (١٤٢-١٤٣).

القاعدة الحادية والستون

المتصرف تصرفاً عاماً على الناس كلهم من غير ولاية أحد معين، وهو الإمام؛ هل يكون تصرفه عليهم بطريق الوكالة لهم، أو بطريق الولاية؟

في ذلك وجهان، وخرج الآمدي روايتين بناءً على أن خطأه هل هو على عاقلته أو في بيت المال؛ لأنا إذا جعلناه على عاقلته؛ فهو متصرف بنفسه، وإن جعلناه في بيت المال؛ فهو متصرف بوكالتهم لهم وعليهم؛ فلا يضمن لهم ولا يهدر خطأه فيجب في بيت المال.

واختيار القاضي في «خلافه»: أنه متصرف بالوكالة لعمومهم، وذكر في «الأحكام السلطانية»[1] روايتين في انعقاد الإمامة بمجرد القهر من غير عقد، وهذا يحسن أن يكون أصلاً للخلاف في الولاية والوكالة أيضاً.

وينبني على هذا الخلاف أيضاً انعزاله بالعزل، ذكره الآمدي، فإن قلنا: هو وكيل؛ فله أن يعزل نفسه، وإن قلنا: هو والٍ؛ لم ينعزل بالعزل، كما أن الرسول ليس له عزل نفسه ولا ينعزل بموت من بايعه؛ لأنه وكيل عن الجميع لا عن أهل البيعة وحدهم، وهل لهم عزله؟

إذا كان بسؤاله؛ فحكمه حكم عزل نفسه، وإن كان بغير سؤاله؛ لم يجز بغير خلاف، هذا هو ظاهر ما ذكره القاضي وغيره.

وأما من كان تصرفه مستفاداً من توليته، فإن كان نائباً عنه كالوزير؛ فإنه كالوكيل له ينعزل بعزله وبموته، وإن كان نائباً عن المسلمين كالأمير العام؛ لم ينعزل بموت الإمام، ذكره القاضي في «الأحكام السلطانية»[2].

فأما القضاة؛ فهل هم نواب الإمام أو المسلمين؟

فيه وجهان معروفان ينبني عليهما جواز عزل الإمام له وعزله لنفسه، وظاهر كلام القاضي في «الأحكام»: أن الخلاف مطرد في ولاية الإمارة العامة على البلاد وجناية الخراج.

---

(١) «الأحكام السلطانية» (٢٣-٢٤).

(٢) «الأحكام السلطانية» (٣٥-٣٦).

وأما نواب القاضي، فنوعان:

أحدهما: من ولايته خاصة؛ كمن فوض إليه سماع شهادة معينة أو إحضار المستعدى عليه؛ فهم كالوكلاء ينعزلون بعزله وموته.

والثاني: من ولايته عامة؛ كخلفائه وأمنائه على الأطفال ونوابه على القرى؛ فهل هم بمنزلة وكلائه أو نواب المسلمين فلا ينعزلون بموته؟

على وجهين ذكرهما الآمدي، وصحح صاحب «الترغيب» عدم الانعزال، وحكى ابن عقيل عن الأصحاب: أنهم ينعزلون؛ لأنهم نواب القاضي، بخلاف القضاة؛ فإنهم نواب للمسلمين، ولهذا يجب على الإمام نصب القضاة، ولا يجب على القاضي الاستنابة.

ويجاب عنه بأن القضاء ليس بفرض كفاية على رواية؛ فلا يجب نصب قاض بالكلية، وبأن الوجوب لا يتعلق بمعين؛ فلا أثر له في عدم نفوذ العزل، ولهذا من عنده ودائع وعليه ديون خفية؛ يجب عليه الوصية عند الموت بأدائها، وله عزل الموصى إليه بذلك واستبداله.

وأما المتصرف تصرفاً خاصاً بتفويض من ليس له ولاية عامة؛ فنوعان:

أحدهما: أن يكون المفوض له ولاية على ما يتصرف فيه، كولي اليتيم وناظر الوقف، فإذا عقد عقداً جائزاً أو متوقع الانفساخ؛ كالشركة والمضاربة والوكالة وإجارة الوقف؛ فإنها لا تنفسخ بموته لأنّه متصرف على غيره لا على نفسه، وكذلك الوكيل إذا أذن له موكله أن يوكل؛ فيكون وكيله وكيلاً لموكله لا له.

والثاني: من يفوض حقوق نفسه؛ فهذه وكالة محضة.

القاعدة الثانية والستون

فيمن ينعزل قبل العلم بالعزل.

المشهور أنّ كلّ من ينعزل بموت أو عزل؛ هل ينعزل بمجرد ذلك، أم يقف عزله على علمه؟ على روايتين، وسواء في ذلك الوكيل وغيره، والإذن للزوجة والعبد فيما لا يملكانه بدون إذن إذا وُجِد بعده نهيٌ لم يعلماه مخرَّجٌ على الوكيل، ذكره القاضي، وكذلك إذن المرتهن للراهن في التصرف إذا مُنِع منه قبل تصرف الراهن ولم يعلم.

ومن الأصحاب من فرق بين الوكيل وغيره، ودخل في هذا صور[1]:

منها: الحاكم إذا قيل بانعزاله؛ قال القاضي وأبو الخطاب: فيه الخلاف الذي في الوكيل، وفي «التلخيص»: لا ينعزل قبل العلم بغير خلاف.

ورجحه الشيخ تقي الدين[2]؛ لأنّ في ولايته حقاً لله، وإن قيل: إنه وكيل؛ فهو شبيه بنسخ الأحكام لا يثبت قبل بلوغ الناسخ على الصحيح، بخلاف الوكالة المحضة، قال: وهذا هو المنصوص عن أحمد.

وأيضاً؛ فإن ولاية القاضي عامة لما يترتب عليها من عدم العقود والفسوخ؛ فَتَعْظُمُ البلوى بإبطالها قبل العلم، بخلاف الوكالة[3].

---

(١) **ابن عثيمين:** (من ينعزل بالعزل بموت أو غيره؛ هل يشترط لانعزاله أن يعلم بذلك أو لا؟
فالوكيل مثلاً ينعزل بفسخ المُوَكِّل والزوجة كذلك؛ فلي أن أمنعها أن تخرج من البيت إلا بإذني، فإذا أذنت ولم تعلم؛ فهل يرتفع عنها النهي، أو نقول: لا يرتفع حتى تعلم به، فلو قال لامرأته: إن خرجت من البيت بلا إذن فأنت طالق، ثم ذهبت ولم تخرج، ثم بعد يومين خرجتْ وكان قد أذن لها بعد يوم ولم تعلم بالإذن؛ فهل تطلق أو لا؟
روايتان:
الرواية الأولى: لا تطلق؛ لأنها خرجت بعد الإذن.
والثانية: تطلق؛ لأنها خرجت وهي معتقدة أنها مخالفة للزوج.
والوكيل: إذا وكلت رجلاً يبيع هذا البيع، فذهب الرجل على أنه وكيل ثم بعد يوم عزلته ثم باع البيت بعد يومين قبل أن يعلم بعزلي له؛ فهل بيعه للبيت صحيح؟
على الروايتين: إن قلنا: لا ينعزل حتى يعلم؛ فالبيع صحيح، وإن قلنا: ينعزل وإن لم يعلم؛ فالبيع غير صحيح) ا.هـ.

(٢) «الاختيارات» (١٣٩).

(٣) **ابن عثيمين:** (هذا لا شك فيه؛ فالصحيح أن الحاكم لا ينعزل حتى يعلم بالعزل؛ لأننا لو قلنا: إنه ينعزل قبل العلم بالعزل وتأخر علمه؛ ترتب على ذلك مفاسد كثيرة؛ فإنه قد يكون حكم بصحة نكاح أو بفسخ امرأة أو بموت مفقود أو بملك مدّعٍ أو غير ذلك، فإذا قلنا: ينعزل؛ معناه كل هذه الأحكام ألغيت) ا.هـ

ومنها: عقود المشاركات؛ كالشركة والمضاربة، والمشهور أنها تنفسخ قبل العلم؛ كالوكالة، وقد ذكرنا عن ابن عقيل فيما سبق في المضاربة: أنها لا تنفسخ بفسخ المضارب حتى يعلمَ ربُّ المال[(١)].

ومنها: الوديعة، وقد ذكر القاضي في مواضع كثيرة من «خلافه»: أن للمودع فسخها بالقول في غيبة المودع، وتنفسخ قبل علم المودع بالفسخ، وتبقى في يده أمانة؛ كمن أطارت الريح إلى بيته ثوباً لغيره، ثم إنه ذكر في مسألة الوكالة أن الوديعة لا يلحقها الفسخ بالقول، وإنّما تنفسخ بالرد إلى صاحبها أو بأن يتعدى المودع فيها، فلو قال المودع بمحضر من رب الوديعة أو في غيبته: فسخت الوديعة، أو أزلت نفسي عنها؛ لم تنفسخ قبل أن تصلَ إلى صاحبها ولم يضمنها؛ فإما أن يكون هذا تفريقاً بين فسخ المودع والمودع، أو يكون اختلافاً منه في المسألة، والأول أشبه؛ لأن فسخ المودع إخراج للمودع من الاستحفاظ وهو يملكه، وأما المودَع؛ فليس له فيها تصرف سوى الإمساكِ والحفظِ؛ فلا يصح أن يرفعه مع وجوده، ويلتحق بهذه القاعدة[(٢)].

---

(١) ابن عثيمين: (وهذا هو الصحيح، وعقود المشاركات عقود جائزة؛ إلا المساقاة والمزارعة؛ فيجوز بعد المشاركة أن أفسخ، وإذا فسخت الشركة، فتصرف الشريك قبل أن يعلم بفسخ الشركة؛ فهل ينفذ التصرف أو لا؟
المذهب: لا ينفذ؛ لأنه لا يشترط العلم.
والقول الثاني: ينفذ؛ لأن الأصل بقاء الشركة.
مثاله: أنا وأنت شريكان، ومن جملة الشركة بيننا عقارات، ففسخت الشركة، وقبل علمك بالفسخ بعتَ هذا العقار المشترك؛ فالمذهب أن البيع صحيح بالنسبة لنصيبك فاسد بالنسبة لنصيبي، وحينئذٍ يتشقَّص المبيع على المشتري، ويكون له الخيار؛ إما أن يمضي الصفقة في نصيب البائع فقط، أو يرجع، وهذا تفويت لحق المشتري من نصف المبيع، والقول الثاني: لا ينعزل إلا بعد العلم، وبناءً على هذا القول يكون البيع نافذاً وصحيحاً لا ينفسخ منه، لا بعضه ولا كلّه، وكذلك نقول في المضاربة إذا فسخها المضارب؛ فإنها لا تنفسخ حتى يعلم رب المال، وذلك لأن فسخها يتضمن ضرراً على المضارب وعلى من وقع التصرف معه من مشترٍ أو مستأجر أو نحو ذلك) ا.هـ

(٢) ابن عثيمين: (يستثنى من المذهب في مسألة العزل: لو وكّل شخصاً في القصاص من شخص، ثم عزله أو عزل الموكّل الوكيل، فاقتص قبل أن يعلم بالعزل؛ فلا ضمان عليهما، لا على الموكل ولا على الوكيل، مثاله: رجل له قصاص على جانٍ، فوكّل شخصاً آخر، فقال له: قد وكلتك أن تقتص لي من فلان، وليكن قتلاً، ثم انصرف، فقيل للموكّل: لعلك تسمح عن هذا الذي تستحق قتله، ورغب في السماح، فقال: أشهدكم أني قد عفوت عنه، ولم يعلم الوكيل بهذا، فاقتص منه؛ فإنه لا ضمان عليه، أي على الوكيل، مع أنه قتل بعد فسخ الوكالة، فقتل نفساً معصومة؛ لأنه لما عفا عنه صار معصوماً، لكن يقولون: لا قصاص عليه، وأما الموكّل؛ فلا قصاص عليه لأنه محسن وقد قال الله عز وجل: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة:٩١]، وأما الوكيل؛ فلأنه معذور، وهذا يدل على القول الراجح: إنه لا ينعزل قبل العلم بالعزل) ا.هـ

القاعدة الثالثة والستون

وهي أن من لا يُعتبر رضاه لفسخِ عقْدٍ أو حلّه؛ لا يعتبر علمُه به.

ويندرج تحت ذلك مسائل:

منها: الطلاق[١].

ومنها: الخلع؛ فإنه يصح مع الأجنبي على المذهب، سواءٌ قيل هو فسخ أو طلاق، ولنا وجه آخر: أنه لا يصح مع الأجنبي إذا قلنا: إنه فسخ؛ كالإقالة، والصحيح خلافه؛ لأنَّ فسخَ البيعِ اللازم لا يستقلُّ به أحد المتبايعين، بخلاف النكاح؛ فإن الزوج يستقل بإزالته بالطلاق[٢].

ومنها: العتق، ولو كان على مال نحو: اعتق عبدك عني وعلي ثمنه[٣].

ومنها: فسخ المعتقة تحت عبد.

ومنها: فسخ المبيع المعيب والمدلَّس، وكذلك الإجارة.

ومنها: فسخ العقود الجائزة بدون علم الآخر، وقد سبقت.

ومنها: الفسخ بالخيار يملكه من يملك الخيار بغير علم الآخر عند القاضي والأكثرين.

وخرج أبو الخطاب فيه وجهاً آخر: أنه لا ينفسخ إلا أن يبلغه في المدة من عزل الوكيل، وفيه نظر؛ فإن من له الخيار يتصرف بالفسخ لنفسه.

---

(١) **ابن عثيمين:** (يجوز للإنسان أن يطلق زوجته وإن لم تعلم، فيقول: زوجتي طالق ولو بدون علمها؛ لأن رضاها ليس بشرط) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (الإقالة لا يمكن أن يستقل بها الأجنبي، أي: لو علمت أن زيداً باع عَمراً ملكه، وذهبت إلى زيد وهو البائع وقلت: إني قد علمت أنك بعت عَمراً ملكك وعمرو ليس عنده فلوس الآن فاقِلْهُ، فقال: أقَلْتُه؛ فإن هذا لا يصح؛ لأن عقد البيع لازم من الطرفين، بخلاف النكاح؛ فإنه لازم من قبل الزوجة، فإنها لا تستطيع الفسخ، وهو جائز من قبل الزوج، فإذا جاء رجل واتفق مع الزوج على أن يفارق فلانة؛ فلا بأس، مثل إذا عرفت أن هذا الرجل متعب ومؤذ لزوجته، والزوجة ليس عندها مال، فامتنعت من طلب الطلاق، فذهب رجل محسن فقال لزوجها: اخلعها وأنا أعطيك من المال كذا وكذا؛ فهذا جائز، ولكن مع استقامة الحال؛ فيحرم على أحد من الناس أن يطلب الخلع من الزوج، لما في ذلك من الاعتداء على حق الزوج والزوجة، وهذا أشد من البيع على بيع المسلم، وإذا طلب من الزوج المخالعة ليتزوج زوجته؛ فهذا أشد وأعظم) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (إذا قال: اعتق عبدك عني وعليَّ ثمنه؛ فإن الولاء يكون لدافع الثمن، أما لو قال: اعتق عبدك وعليَّ ثمنه؛ فالولاء للمعتق الأول لأنه ما قال «عني») ا.هـ

وهذه الفسوخ على ضربين:

أحدهما: ما هو مجمع على ثبوت أصل الفسخ به؛ فلا يتوقف الفسخ به على حاكم؛ كسائر ما ذكرنا.

والثاني: ما هو مختلفٌ فيه؛ كالفسخ بالعِنَّةِ والعيوب في الزوج وغَيْبَتِهِ ونحو ذلك؛ فيفتقر إلى حكم حاكم؛ لأنها أمور اجتهادية، فإن كان الخلافُ ضعيفاً يسوغُ نقضُ الحكمِ به؛ لم يفتقر الفسخُ به إلى حكم حاكم.

ويتفرّع على ذلك أخذُ بائعُ المفَلّس سلعَته إذا وجدها بعينها، وفيه وجهان بناءً على نقض الحكم بخلافه، والمنصوص عن أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد: أن له ذلك.

وكذلك تزوّجُ امرأة المفقود؛ فإن في توقف فسخ نكاحها على الحاكم روايتين، قال في «رواية ابن منصور»: تتزوج وإن لم تأتِ السلطان، وأحبُّ إليَّ أن تأتيه، ولعله رأى الحكم بخلافه لا يسوغ؛ لأنه لإجماع عمر والصحابة[1]. ورجح الشيخ تقي الدين[2] أن جميع الفسوخ لا تتوقف على حاكم[3].

---

(١) هذه الآثار وردت عند عبدالرزاق (١٢٣١٧،١٢٣١٨)، وابن أبي شيبة، ومالك في الموطأ (٢/ ٥٧٥) وقال ابن كثير في مسند الفاروق (١/ ٤٣٤-٤٣٥): (وهذه آثار صحيحة عن عمر).

(٢) «مجموع الفتاوى» (٢/ ٥٧٨).

(٣) **ابن عثيمين**: (قول شيخ الإسلام بشرط أن يتفق الطرفان عليه، فإن اختلفا بأن قال أحدهما للآخر: أنت لا تملك الفسخ؛ فلا بد من الرجوع للحاكم، فلو ادعت المرأة أن في زوجها عيباً، وأرادت أن تفسخ النكاح؛ فهنا إن وافق الزوج وقال: فيّ العيب الفلاني؛ فلها أن تفسخ، ولا حاجة إلى الحاكم، وأما إذا خالف وقال: أنا ليس فيّ ذلك العيب، أو قال: هذا عيب لا تستحقين به الفسخ؛ فحينئذ لا بد من الرجوع إلى الحاكم، وما ذهب إليه شيخ الإسلام هو الصحيح، وعلى هذا؛ فعندنا ثلاثة أقوال هنا:

الأول: أن يكون استحقاق الفسخ بإجماع العلماء؛ فهذا لا يفتقر إلى حاكم، بل لمن له الفسخ أن يفسخ.

والثاني: أن يكون الخلاف ضعيفاً ينقض الحكم فيه؛ فهذا فيه خلاف، والراجح أنه لا يحتاج إلى حكم حاكم، أي: الخلاف في عدم الحكم بالفسخ ضعيف؛ فينقض حكمه، أي: لو حكم بعد الفسخ فإنه ينقض حكمه لمخالفة الحديث، مثلاً: كالرجل الذي وجد عين ماله عند شخص قد أفلس، فلو حكم الحاكم بأنه ليس أحق بها من غيره؛ فإنه ينقض حكمه؛ لأنه مخالف للنص، فإذا وجد بائع المُفلس عين ماله عنده؛ فله أخذه بدون حكم حاكم؛ لأن حكم الحاكم إن حكم بخلاف ذلك يُنقض.

والثالث: وهو أن جميع الفسوخ لا تحتاج إلى حاكم، لكن بشرط أن يتفق عليها الطرفان، فإن حصل نزاع؛ فلا بد من الحاكم ليحكم بينهم وهو اختيار شيخ الإسلام) ا.هـ

القاعدة الرابعة والستون

من توقف نفوذ تصرفه أو سقوط الضمان أو الحنث عنه على الإذن، فتصرف قبل العلم به، ثم تبين أن الإذن كان موجودا؛ هل يكون كتصرف المأذون له أو لا؟

في المسألة وجهان تتخرج عليهما صور:

منها: لو تصرف في مال غيره بعقد أو غيره، ثم تبين أنه كان أذن له في التصرف؛ فهل يصح أم لا؟

فيه وجهان.

ومنها: لو قال لزوجته: إن خرجت بغير إذني فأنت طالق، ثم أذن لها ولم تعلم بإذنه، فخرجت؛ فهل تطلق؟

فيه وجهان، وأشهرهما وهو المنصوص: أنها تطلق؛ لأن المحلوف عليه قد وجد وهو خروجها على وجه المشاقة والمخالفة، فإنها أقدمت على ذلك، ولأن الإذن هنا إباحة بعد حظر؛ فلا يثبت في حقها بدون علمها كإباحة الشرع.

ولأبي الخطاب في «الانتصار» طريقة ثانية، وهي أن دعواه الإذن غير مقبولة؛ لوقوع الطلاق في الظاهر، فلو أشهد على الإذن؛ لنفعه ذلك ولم تطلق، وهذا ضعيف.

ومنها: لو أذن البائع للمشتري في مدة الخيار في التصرف، فتصرف بعد الإذن وقبل العلم؛ فهل ينفذ أم لا؟

يتخرج على الوجهين في التوكيل، وأولى، وجزم القاضي في «خلافه» بعدم النفوذ.

ومنها: لو غصب طعاماً من إنسان، ثم أباحه له المالك، ثم أكله الغاصب غير عالم بالإذن؛ ضمن، ذكره أبو الخطاب في «الانتصار»، وهو بعيد جداً، والصواب الجزم بعدم الضمان؛ لأن الضمان لا يثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس بمضمون، كمن وطئ امرأة يظنها أجنبية، فتبينت زوجته؛ فإنه لا مهر عليه، ولا عبرة باستصحاب أصل الضمان مع زوال سببه، كما أنه لو أكل في الصوم يظن أن الشمس لم تغرب، فتبين أنها كانت غربت؛ فإنه لا يلزمه القضاء، ويلتحق بهذه.

القاعدة الخامسة والستون

وهي من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه؛ فتبين أنه كان يملكه.

وفيها الخلاف أيضاً، ويندرج تحتها صور[١]:

منها: لو باع ملك أبيه بغير إذنه، ثم تبين أن أباه كان قد مات ولا وارث له سواه.

وفي صحة تصرفه وجهان، وقيل روايتان.

ومنها: لو طلق امرأة يظنها أجنبية، فتبينت زوجته؛ ففي وقوع الطلاق روايتان، وبناهما أبو بكر على أن الصريح؛ هل يحتاج إلى نية أم لا؟

قال القاضي: إنما هذا الخلاف في صورة الجهل بأهلية المحل، ولا يطرد مع العلم به[٢].

ومنها: لو لقي امرأة في الطريق، فقال: تنحي يا حرة، فإذا هي أمته.

وفيها الخلاف أيضاً، ونص أحمد على ذلك، وفي «المغني»[٣] احتمال بالتفريق؛ لأن هذا يقال كثيراً في الطريق ولا يراد به العتق، وهذا مع إطلاق القصد، فأما إن قصد به المدح بالعفة ونحوها؛ فليست من المسألة بشيء، ويتنزل الخلاف في هذا على أنَّ الرِّضا بغير المعلوم؛ هل هو رضى معتبر؟ والأظهر عدم اعتباره[٤].

---

(١) **ابن عثيمين:** (مثاله: لو باع سيارة ابن عمه ظاناً أن ابن عمه موجود، فتبين أن ابن عمه قد مات قبل البيع، وهو الوريث الوحيد لابن عمه، وبذلك تكون السيارة له وفيها خلاف هل ينفذ تصرفه أو لا ينفذ؟
الذين يقولون لا ينفذ لأنه تصرف قبل أن يعلم أنه آل ملكها إليه والذين يقولون ينفذ يقولون أنه تصرف في أمر تبين أنه ملكه) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (المذهب أن الطلاق واقع؛ لأنه واجهها بالطلاق، وبنى بعض الأصحاب؛ هل تشترط النية في الطلاق الصريح أم لا؟ بينهما فرق في الواقع لأن القائلين تشترط نية الطلاق يعلمون أن المحل قابل للطلاق لكن لما لم ينوه لم يقع، أما هنا فهو يظن أن المحل غير قابل لأنه يظنها أجنبية والذي يظهر أن الطلاق لا يقع في هذه الحالة؛ لأنه لو علم أنها امرأته لم يطلقها، فإذا قال قائل إذاً يكون كلامه عبثاً، وليكن كذلك) ا.هـ

(٣) «المغني» (٨/ ١١١).

(٤) **ابن عثيمين:** (صحيح وهو الأظهر لأن الرضى بغير المعلوم ليس بمعتبر) ا.هـ

ومنها: لو أبرأه من مئة درهم مثلاً معتقداً أنه لا شيء له عليه، ثم تبين أنه كان لـه في ذمتـه مئة درهم، وفيها الوجهان[١].

ومنها: لو جرحه جرحاً لا قصاص فيه، فعفا عن القصاص وسرايته، ثـم سـرى إلى نفسـه؛ فهل يسقط القصاص؟

يخرج على الوجهين، وأشار إلى ذلك الشيخ مجد الدين في «تعليقه على الهداية»، وبناه على أن القصاص هل يجب للميت أو لورثته؛ كالدية؟ وجزم القاضي وغيره بأنه لا يصح العفو ها هنا.

ومنها: لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر، ثم تبين أنـه كـان ميتـاً قبـل ذلـك بمـدة تنقضي فيها العدة، أو أنه كان طلقها؛ ففي صحـة النكـاح الوجـهان، ذكـره القـاضي، ورجـح صاحب «المغني»[٢] عدم الصحة هنا؛ لفقد شرط النكاح في الابتداء، كمـا لـو تزوجـت المرتابـة قبل زوال الريبة[٣].

ومنها: لو أمره غيره بإعتاق عبد يظن أنه للآمر، فتبين أنه عبـده؛ ففـي «التلخيـص» يحتمـل تخريجه على من أعتق عبداً في ظلمة ثم تبين أنـه عبـده، لكـن يرجـع هنـا علـى الآمـر بالقيمـة لتغريره له، ويحتمل أن لا ينفذ لتغريره، بخلاف ما إذا لم يغره أحد؛ فإنه غير معذور، فينفذ عتقه لمصادفته ملكه؛ إذ المخاطبة بالعتق لعبد غيره شبيه بعتق الهازل والمتلاعـب؛ فينفـذ، وكذلـك في الطلاق، ونظير هذه في الطـلاق أن يوكلـه شخـص في تطليـق زوجتـه ويشـير إلى امـرأة معينـة فيطلقها ظاناً أنها امرأة الموكل، ثم تبين أنها امرأته.

---

(١) **ابن عثيمين:** (إن ابراه منها دليل على أنه يعتقد فخلاف ما لو قال أنا لا أطلبه شيئاً ثم تبين أنه يطلبه لكن إذا قال أنا ابرأته من مئة الدرهم الذي بذمته فنقول: أنك لا تبرأ لا بعد أن قال أن لك عليه شيئاً فالوجه الصحيح في المسألة أنه إذا براه بالمئة ثم تبين له عليه مئة فقد برا) ا.هـ

(٢) «المغني» (١٠/ ٢٧٩).

(٣) **ابن عثيمين:** (الزمان المعتبر في المفقود ما هو؟
القول الراجح هو ما أدّى إليه اجتهاد الحاكم، وهذا يختلف باختلاف الناس والأحوال والسـلطان، والمذهـب أنـه إذا فقد وله تسعون سنة؛ فإنه يجتهد الحاكم، وإنْ كان دون التسعين، فإن كان ظاهر غيبته الهلاك ينتظر به أربع سنين منذ فقد وإن كان ظاهر غيبته السلامة ينتظر به إلى تمام تسعين سنة منذ ولد) ا.هـ

وقد تخرّج هذه المسألة على مسألة ما إذا نادى امرأة له، فأجابته امرأته الأخرى، فطلقها ينوي المناداة؛ فإنه تطلق المناداة وحدها ولا تطلق المواجهة في الباطن.

وفي الظاهر روايتان؛ فعلى هذا لا تطلق امرأة الموكل في طلاقها ها هنا، وقد يفرق بينهما بأن الطلاق هنا انصرف إلى جهة مقصودة، فلم يحتج إلى صرفه إلى غير المقصودة؛ وإن كانت مواجهة به، بخلاف ما إذا لم يكن هناك جهة سوى المواجهة؛ فإن الطلاق يصير بصرفه عنها هزلاً ولعباً، ولا هزل في الطلاق[1].

ومنها: لو اشترى آبقاً يظن أنه لا يقدر على تحصيله، فبان بخلافه؛ ففي صحة العقد وجهان لاعتقاده؛ فقد شرط الصحة وهو موجود في الباطن.

وفي «المغني»[2] احتمال ثالث بالفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع فيفسد البيع في حقه لأنه متلاعب، وبين من لا يعلم ذلك؛ فيصح لأنه لم يقدم على ما يعتقده باطلاً، وقد تبين وجود شرط صحته، وهذا يبين أن للمسألة التفاتاً إلى مسألة بيع الهازل والمشهور بطلانه، وهو قول القاضي، وقال أبو الخطاب في «انتصاره»: هو صحيح، وهذا يرجح وجه بطلان البيع في المسائل المبدوء بها[3].

---

(١) ابن عثيمين: (الصحيح في مسألتي الطلاق والعتق أن ذلك راجع للنيّة والصحيح أنها لا تطلق والعبد لا يعتق لكون الرجل غرّ فلا يقتضي أنه نعطيه حكم القاصد الناوي، ودليله قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» متفق عليه، ومعنى قوله المواجهة (أي: المخاطبة) فالتي تطلق التي نواها والثانية لا تطلق) ا.هـ

(٢) «المغني» (٦/ ٢٤).

(٣) ابن عثيمين: (الآبق لا يجوز بيعه؛ لأنه غير مقدور على تسليمه حين البيع، فإذا اشترى آبقاً يظن أنه لا يقدر على تحصيله وهو في الواقع يقدر؛ لأن الآبق موجود في بيت فلان مثلاً؛ فهل يصح البيع بناءً على ما في نفس الأمر، أو لا يصح بناءً على ما في ظن المكلف؟

فيه وجهان، وصاحب «المغني» ذكر احتمالاً بالوسط؛ فقال: إذا كان يعتقد أن بيع الآبق لا يصح؛ فإنه لا يصح لأنه إذا اشتراه في هذه الحال صار متلاعباً، أما إذا كان لا يدري عن ذلك؛ فإن البيع يصح لأنه غير متلاعب، وقد تبين أن هذا العبد مقدور على تسليمه) ا.هـ

القاعدة السادسة والستون

ولو تصرف مستندا إلى سبب، ثم تبيَن خطؤه فيه، وأن السبب المعتمد غيره وهو موجود.

فهو نوعان:

أحدهما: أن يكون الاستناد إلى ما ظنه صحيحاً أيضاً؛ فالتصرف صحيح، مثل أن يتطهّر من حدث يظنه ريحاً، ثم تبين أنه نوم، ومثل أن يستدلّ على القبلة بنجم يظنه الجدي، ثم تبين أنه نجم آخر مسامته.

والثاني: أن لا يكون ما ظنه مستنداً استناداً صحيحاً، مثل أن يشتري شيئاً ويتصرف فيه، ثم تبين أن الشراء كان فاسداً، وأنه ورث تلك العين.

فإن قلنا في القاعدة الأولى، فهنا أولى، وإن قلنا ثم بالبطلان؛ فيحتمل هنا الصحة؛ لأنّه استند إلى سبب مسوّغ وكان في نفس الأمر له مسوغ غيره، فاستند التصرف إلى مسوّغ في الباطن والظاهر، بخلاف القسم الذي قبله، ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله[1].

والمذهب ها هنا الصحة بلا ريب؛ لأنّ أصحابنا اختلفوا فيما إذا وهب الغاصب المغصوب من مالكه وأقبضه إياه؛ هل يبرأ به أم لا؟

وحكى ابن أبي موسى فيه روايتين، والمشهور أنّه لا يبرأ، نصّ عليه أحمد معللاً بأنه يحمل مِنّتَهُ، وربما كافأه على ذلك.

واختار القاضي في «خلافه» وصاحب «المغني»[2]: أنه يبرأ؛ لأنّ المالك تسلّمه تسلماً تاماً وعادت سلطته إليه، فبرئ الغاصب، بخلاف ما إذا قدمه إليه، فأكله؛ فإنه أباحه إياه، ولم يملكه إياه، فلم يعده إلى سلطته وتصرفه، ولهذا لم يكن له التصرف فيه بالبيع والهبة، وهذا اتفاق من أحمد وأصحابه على أن تصرفات المالك تعود إليه بعود ملكه على طريق الهبة من الغاصب، وهو لا يعلم بالحال.

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٩-٤١١-٤١٢).

(٢) «المغني» (٥/ ١٤٢).

القاعدة السابعة والستون

مَن استحق الرجوع بعين أو دين بفسخ أو غيره، وكان قد رجع إليه ذلك الحق بهبة أو براء ممن يستحق عليه الرجوع؛ فهل يستحق الرجوع عليه ببدله أم لا؟

في المسألة وجهان، ولها صور:

منها: لو باع عيناً، ثم وهب ثمنها للمشتري أو أبرأه منه، ثم بان بها عيب يوجب الرد؛ فهل له ردها والمطالبة بالثمن أم لا؟

على وجهين، وكذا لو أبرأه من بعض الثمن؛ فهل له المطالبة بقدر ما أبرأه منه؟

على الوجهين، واختار القاضي في «خلافه»: أنه إذا ردّه؛ لم يرجع عليه بشيء مما أبرأه منه، ويتخرج التفريق بين الهبة والإبراء؛ فيرجع بالهبة دون الإبراء، وسنذكر أصله، ولو ظهر هذا المبيع معيباً بعد أن تعيب عنده؛ فهل له المطالبة بأرش العيب؟

فيه طريقان:

أحدهما: يخرجه على الخلاف في رده.

والآخر: تمتنع المطالبة هنا وجهاً واحداً، وهو اختيار ابن عقيل؛ لأنّه صار معه تبرعاً؛ فلا يملك المطالبة بزيادة عليه لئلا تجتمع له المطالبة بالثمن وبعض الثمن، بخلاف ما إذا ردّه؛ فإنّه لا يجتمع له ذلك.

ومنها: لو تقايلا في العين بعد هبة ثمنها أو الإبراء منه.

ومنها: لو أصدق زوجته عيناً، فوهبتها منه، ثم طلقها قبل الدخول؛ فهل يرجع عليها ببدل نصفها؟

على روايتين، فإن قلنا: يرجع؛ فهل يرجع إذا كان الصداق ديناً فأبرأته منه؟

على وجهين، أصحهما: لا يرجع؛ لأنه ملكه لم يزل عنه.

ومنها: لو كاتب عبده، ثم أبرأه من دين الكتابة وعتق؛ فهل يستحق المكاتب الرجوع عليه

بما كان له عليه من الإيتاء الواجب أم لا؟

من الأصحاب من خرّجها على الخلاف، وضعف صاحب «المغني»[1] ذلك؛ لأنّ إسقاطه عنه يقوم مقام إيتائه، ولهذا لو أسقط عنه القدر الواجب إيتاؤه واستوفى الباقي؛ لم يلزمه أن يؤتيه شيئاً.

وأيضاً؛ فالسيد أسقط عن المكاتب ما وجد سبب إيتائه إياه؛ فقام مقام الإيتاء، بخلاف إسقاط المرأة الصداق قبل الطلاق.

ومنها: لو شهد شاهدان بمال لزيد على عمرو، ثم رجعا وقد قبضه زيد من عمرو، ثم وهبه له؛ لم يسقط عنهما الضمان، ولو كان ديناً فأبرأه منه قبل قبضه، ثم رجعا؛ لم يلزمهما شيء، ذكره القاضي في «خلافه»، ولم يخرجه على الخلاف في المسائل الأولى؛ لأنّ الضمان لزمهما بوجود التغريم، وعود العين إلى الغارم من المحكوم له بهبة لا يوجب البراءة، كما لا يبرأ الغاصب بمثل ذلك في الردّ إلى المغصوب منه لتحمل مِنَّته.

نعم، يتخرّج القول بسقوط الضمان هنا إذا قلنا ببراءة الغاصب بإعادة المال إلى المغصوب منه هبة؛ لأنّهما اعترفا بأنه قبضه عدواناً ثم رده إليه هبة، وأما إذا أبرأه منه قبل القبض؛ فلم يترتب على شهادتهما غرم؛ فلذلك سقط عنهما الضمان.

ومنها: لو قضى الضامن الدين ثم وهبه الغريم ما قضاه بعد قبضه؛ فهل يرجع على المضمون عنه؟

ظاهر كلام الأصحاب أنّه لا يرجع، ولهذا قالوا: لو قضى الدين بنقيضه لم يرجع إلا بما قضى، وجعلوه كالمقرض لا يرجع إلا بما غرم، لكن هذا في الإبراء والمسامحة ظاهر، فأما إنْ قضى الدَّيْنَ بكماله، ثم وهبه الغريم منه؛ فلا يبعد تخريجه على الوجهين.

---

(١) «المغني» (١٠/ ٣٤٣).

القاعدة الثامنة والستون

إيقاع العبادات أو العقود أو غيرهما مع الشك في شرط صحتها؛ هل يجعلها كالمعلقة على تحقيق ذلك الشرط أم لا؟

وهي نوعان[١]:

أحدهما: ما يشترط فيه النية الجازمه؛ فلا يصح إيقاعه بهذا التردد ما لم يكن الشك غلبة ظن يكفي مثله في إيقاع العبادة أو العقد كغلبة الظن بدخول الوقت وطهارة الماء والثوب ونحو ذلك.

ومن أمثلة ذلك، إذا صلى يظن نفسه محدثاً؛ فتبين متطهراً[٢].

ومنها: لو شك؛ هل ابتدأ مدة مسح الخفين في السفر أو الحضر فمسح يوماً آخر بعد انقضاء مدة الحضر، ثم تبيّن أنه ابتدأها في السفر؛ لزمه إعادة الصلاة للشك، وهل يلزمه إعادة الوضوء؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه، وبه جزم في «المغني»[٣]؛ لأن الوضوء يصح مع الشك في سببه، كمن

---

(١) **ابن عثيمين:** (معنى القاعدة أنّ إيقاع العبادات أو المعاملات أو غيرها مع الشك في وجوب شرط الصحة؛ هل يقع وتصح العبادة وهو شاك في شرط صحتها أو لا؟

يقول المؤلف: هذا نوعان:

الأول: ما يشترط فيه الجزم؛ فالذي يشترط فيه الجزم لا يصح مع التردد والشك في شرط صحته؛ لفوات الشرط؛ إلا إذا كان التردد غلبة ظن يكفي في مثله إيقاع العبادة أو المعاملة؛ فمثلاً إذا غلب على ظنه أن وقت المغرب قد دخل ولم يتقين؛ فهنا يجوز أن يصلي مع أنه متردد، فهنا الصلاة تصح مع هذا التردد؛ لأنّ هذا التردد فيه غلبة ظن يكفي في مثله إيقاع العبادة، ولهذا جاز الفطر في عهد رسول الله ﷺ في يوم غيم؛ ففي الإفطار لم يتيقنوا غروب الشمس؛ فإنهم لو تيقنوا ما طلعت، ولكن غلب على ظنهم أن الشمس قد غربت، ولما جاز الفطر جازت الصلاة، ولو تبيّن عدم غروب الشمس بعد الصلاة؛ فإن الصلاة تعاد وتكون تلك الصلاة نفلاً بناءً على القاعدة المعروفة في الفقه: «وينقلب نفلاً ما كان عَدَمُهُ») ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (إذا صلّى يظن نفسه محدثاً، فتبين متطهراً؛ هذا على وجهين، الأول: أن يظن نفسه محدثاً وكان على طهارة فهنا تصح العبادة لأن النبي ﷺ يقول: «لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»، وثانياً أن يغلب على ظنه أنه متطهر وكان محدثاً؛ فظاهر كلام المؤلف إذا بان أنه متطهر أنها تصح، ولكن هذا خلاف المذهب؛ فإنه إذا كان محدثاً وشك هل تطهر أو لا؛ فإنه لا يصلي حتى يتقين أنه متطهر؛ ولو غلب على ظنه أنه متطهر؛ لأنّ الأصل بقاء الحدث وهو متيقن، فلا يزول إلا بيقين) ا.هـ

(٣) «المغني» (١/ ١٨٠).

شك في الحدث، فتوضأ ينوي رفعه ثم تبين محدثاً.

والثاني: يلزمه؛ لأن المسح رخصة ولم تتحقق إباحتها؛ فلم يصح كمن قصر، وهو يشك في جواز القصر[١].

ومنها: لو توضأ من إناء مشتبه، ثم تبيّن أنه طاهر؛ لم تصح طهارته في المشهور، وقال القاضي أبو الحسين: تصح، وهو يرجع إلى أن الجزم بصحة الوضوء لا يشترط كما سبق.

ومنها: لو توضأ شاكاً في الحدث، أو صلّى مع غلبة ظنه بدخول الوقت، ونوى الفرض، إن كان محدثاً أو الوقت قد دخل، وإلا؛ فالتجديد أو النفل؛ فذكر ابن عقيل أنه يجزئه؛ لأن هذا حكمه ولو لم ينوه، فإذا نواه؛ لم يضره[٢].

ومنها: لو كان له مال حاضر وغائب، فأدى زكاة ونوى أنها عن الغائب إن كان سالماً، وإلا؛ فتطوع، فبان سالماً؛ أجزأه لما ذكرنا.

وحُكي عن أبي بكر أنه لا يجزئه؛ لأنّه لم يُخْلِص النية للفرض.

ويتخرّج منه وجه في التي قبلها: أنه لا يصح وأولى؛ لأن هناك لم يبن على أصلٍ مُسْتَصْحَبٍ، ولكنه بنى على غلبة ظن بدخول الوقت، وهو يكفي في صحة الصلاة.

ومنها: إذا نوى ليلة الشك إن كان غداً من رمضان؛ فهو فرضي، وإلا؛ فهو نفل؛ فهل

---

(١) **ابن عثيمين**: (الظاهر أن الكلام هنا أصح) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (هذا رجل توضأ شاكاً في الحدث، فتوضأ، فإن كان محدثاً؛ فهذا فرض، وإن كان غير محدث؛ فهو تجديد، والثاني صلى الفرض وكان قد غلب على ظنه دخول الوقت، ولكنه ما تيقن؛ فهل يجوز أن يصلي الفرض بهذا أم لا؟

نعم، يجوز، فإن كان الوقت قد دخل؛ فهو فرض، وإن لم يكن دخل؛ صار نفلاً، فإذا لم يتبين أن الوقت قد دخل صار نفلاً، فإذا لم يتبين؛ فهو فرض ففي هذه الحالة الآن لا يخلو إما أن يتبين أنه في الوقت أو قبله أو يبقى على ما هو عليه إن تبين أنه في الوقت فهو فرق في الصلاة وفرض في رفع الحدث إذا تبين أنه لم يحدث فهو تجديد وهو بالنسبة للصلاة نفل فيؤدي الفرض فإذا لم يتبين فصار فرض فيجوز الصلاة بغلة الظن لأنه يجوز أن يصلي أو يتوضأ بغلبة الظن، بقي أن يُقال: وهل يجوز أن يتنفل في وقت النهي؟ ثم هل يجوز النفل بالثلاثة أي بثلاث ركعات؟

فيقال: المشهور من المذهب أن يتنفل بواحدة أو بثلاث، وباثنتين أو بالأربع، لكن الصحيح أن التنفل بالوتر غير مشروع فيكون مردوداً.

والجواب عليه أن يقال: إنه لم يتقين أنه نفل، وكذلك بالنسبة للصلاة قبل الغروب؛ فإنه لم يتيقن أن الشمس لم تغرب، بل يغلب على ظنه غروب الشمس) ا.هـ

يجزئه عن رمضان إن وافق؟ ينبني على أن نية التعيين؛ هل تشترط لرمضان؟

فإن قلنا: تشترط، وهو المشهور في المذهب؛ لم يُجْزِئْهُ لأنه لم يجزم بالتعيين، ولم يبن على أصل مستصحب يجوز الصيام فيه، بخلاف مسألة الزكاة، وهذا بخلاف ما لو نوى ليلة الثلاثين من رمضان إن كان غداً من رمضان، فأنا صائم عنه، وإلا فأنا مفطر؛ فإنه يصح صيامه في أصح الوجهين؛ لأنه بنى على أصل لم يثبت زواله ولا يقدح تردده لأنه حكم صومه مع الجزم.

والثاني: وهو قول أبي بكر: لا يجزئه للتردد، ونقل صالح[١] عن أبيه أن يجزئه النية المترددة مع الغيم دون الصحو؛ لأن الصوم مع الغيم لا يخلو من تردد ينافي الجزم، فإذا تردد في النية؛ فقد نوى حكم الصوم معه، فلا يضره، بخلاف حالة[٢] الصحو؛ فإنه لا يحتاج فيها إلى التردد.

والنوع الثاني: ما لا يحتاج إلى نية جازمة؛ فالصحيح فيه الصحة، وقد سبق من أمثلته: إذا نكحت امرأة المفقود قبل أن يجوز لها النكاح، ثم تبيّن أنّه كان جائزاً؛ ففي الصحة وجهان[٣].

ومنها: لو كان له عند رجل دنانير وديعة، فصارفه عليها وهو يجهل بقاءها؛ ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول القاضي في «المجرد»: لا يصح؛ لأنها ليست تالفة، فتكون مصارفة عليها وهي في الذمة، ولا حاضرة؛ فتكون مصارفة على عين.

والثاني: وهو قول ابن عقيل أنه يصح؛ لأن الأصل بقاؤها، فصار كبيع الحيوان الغائب بالصفة؛ فإنه يصح مع احتمال تلفه لأن الأصل بقاؤه.

قال ابن عقيل: فإن كانت باقية تقابضا وصح العقد، فإن كانت تالفة؛ تبين بطلان العقد، وهذا الذي قاله صحيح إذا تلفت بغير تفريط، فأما إن تلفت تلفاً مضموناً في الذمة؛ فينبني على تعيين النقود بالتعيين، فإن قلنا: يتعين؛ لم يصح العقد، وإلا؛ صح وقامت الدنانير التي في الذمة

---

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (٢/ ١٦٤).

(٢) الصواب «حال» فإنها مذكرة لفظاً مؤنثة معنىً.

(٣) **ابن عثيمين:** (هذا رجل مفقود، فضرب له أربع سنوات، فقلنا: إن لم يأت في هذه المدة؛ فلزوجته أن تتزوج، وهذه المرأة تزوجت بعد سنتين من بداية الأربع، ثم تبين أن زوجها قد مات قبل أن تتزوج؛ فالزواج صحيح لأنه كان من امرأة ليس لها زوج، لكنه مشكوك في صحته) ا.هـ

مقام الوديعة؛ إلا على الوجه الذي يشترط فيه للصرف التعيين؛ فلا يصح على ما في الذمة.

ومنها: لو وكله في شراء جارية، فاشتراها له، ثم جحد الموكل الوكالة، فأراد الوكيل أن يشتريها منه، فلم يعترف بالملك، فقال له: إن كنت أذنت لك في شرائها؛ فقد بعتكها؛ فهل يصح أم لا؟

على وجهين:

أحدهما: لا يصح؛ لأن البيع لا يصح تعليقه، وهو قول القاضي وابن عقيل.

والثاني: يصح، ذكره في «الكافي»[1] احتمالاً؛ لأنه تعليق على شرطٍ واقعٍ يعلمانه، فلا يؤثر ذكره في العقد، كما لو قال: بعتك هذه إن كانت جارية، ويشهد له نص أحمد في «رواية ابن منصور»[2] بصحة بيع الغائب إن كان سالماً، فإن هذا مقتضى إطلاق العقد؛ فلا يضر تعليق البيع عليه[3].

ومنها: الرجعة في عقد نكاح شك في وقوع الطلاق فيه؟

قال أصحابنا: هي رجعة صحيحة رافعة للشك، وهي المسألة التي أفتى فيها شريك بأنه يطلق ثم يراجع، ومأخذه أن الرجعة مع الشك في الطلاق يصيرها كالمعلقة على شرط، ولا يصح تعليقها؛ فلا يصح تمثيل قوله بمن شك في نجاسة ثوبه، فأمر بتنجيسه، ثم يغسله[4].

وكذلك لم يصب من أدخل قوله في «أخبار المغفلين»؛ فإن مأخذه في ذلك خفي عنه، فأما

(١) «الكافي» (٢/ ٢٥٥-٢٥٦).

(٢) مسائل أحمد لابن منصور (٤٣٤).

(٣) **ابن عثيمين**: (القول الصحيح في هذه المسألة أنه يصح؛ لأنه إذا قال: إن كنت أذنت لك فقد بعتك، فإذا تبين أنه قد أذن له؛ صار بيعه بعد الملك، وإن لم يتبين أنه له؛ فإنها للوكيل في العقد الأول، فهي للوكيل على كل تقدير، وقوله: «إن البيع لا يصح تعليقه» الصحيح. خلافه، وأنه يصح تعليقه، وأن كل عقد يصح تعليقه؛ لأن الأصل في الشروط الصحة إلا ما قام الدليل على بطلانه، والأصل في العقود الصحة إلا ما قام الدليل على بطلانه) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين**: (والصواب هنا أن يُبنى على اليقين، والدليل عليه حديث النبي ﷺ: «فلا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»، وهنا الطلاق مشكوك فيه؛ فالأصل عدمه، والنجاسة مشكوك فيها؛ فالأصل عدمها، وهكذا) ا.هـ

الرجعة مع الشك في حصول الإباحة بها كمن طلق وشك: هل طلق ثلاثاً أو واحدة، ثم راجع في العدة؟

فيصح عند أكثر أصحابنا ها هنا؛ لأن الأصل بقاء النكاح، وقد شك في انقطاعه والرجعة استبقاء له؛ فيصح مع الشك في انقطاعه.

وعند الخرقي لا تصح؛ لأنه قد تيقن سبب التحريم، وهو الطلاق، فإنه إن كان ثلاثاً؛ فقد حصل به التحريم بدون زوج وإصابة، وإن كان واحدة، فقد حصل به التحريم بعد البينونة بدون عقد جديد؛ فالرجعة في العدة لا يحصل بها الحل إلا على هذا التقدير فقط؛ فلا يزيل الشك مطلقاً فلا يصح لأن تيقن سبب وجود التحريم مع الشك في وجود المانع منه يقوم مقام تحقق وجود الحكم مع الشك في وجود المانع؛ فيستصحب حكم وجود السبب كما يعمل بالحكم، ويلغى المانع المشكوك فيه كما يلغى مع تيقن وجود حكمه[1].

وقد استشكل كثير من الأصحاب كلام الخرقي وتعليله؛ فإنه تيقن سبب التحريم، وشك في التحليل، وظنوا أنه يقول بتحريم الرجعية، وليس بلازم؛ لما ذكرنا.

ومنها: لو حكم الحاكم في مسألة مختلف فيها بما يرى أن الحق في غيره؛ أثم وعصى بذلك، ولم ينقض حكمه إلا أن يكون مخالفاً؛ لنص صريح ذكره ابن أبي موسى، وقال السَّامُرِيُّ: بل ينقض حكمه؛ لأن شرط صحة الحكم موافقة الاعتقاد، ولهذا لو حكم بجهل؛ لنُقِضَ حكمه، مع أنه لا يعتقد بطلان ما حكم به، فإذا اعتقد بطلانه؛ فهو بالرد أولى.

وللأصحاب وجهان فيما ينقض فيه حكم الجاهل والفاسق:

أحدهما: تنقض جميع أحكامه لفقد أهليته، وهو قول أبي الخطاب وغيره.

---

(١) **ابن عثيمين**: (إذا طلق، ثم شك هل طلق ثلاثاً أو واحدة؛ فالأصل واحدة، وهذا هو الذي عليه أكثر الأصحاب، أي إنها واحدة، وحينئذ يحل له أن يراجعها لأنها واحدة، وقال الخرقي: قال إنها لا تحل له لأنها لا يمكن أن تحل الرجعة إلا إذا تيقنا أن الطلاق واحدة، وحينئذ إذا راجع؛ فإن الرجعة مشكوك فيها؛ فلا تحل له المرأة إلا بعد زوج، ولكن نقول إجابة على هذا: إنها رجعة في شيء مشكوك فيه، لكن حكم بأنه معدوم لأن الأصل الواحدة) ا.هـ

الثاني: تنقض كلها؛ إلا ما وافق الحق المنصوص والمجمع عليه، وينقض ما وافق الاجتهاد؛ لأنه ليس من أهله، وهو اختيار صاحب «المغني»[١]، ويشبه هذا القول في الوصي الفاسق إذا قسم الوصية، فإن أعطى الحقوق لمستحقٍّ معين يصح قَبْضُه؛ لم يضمنه لأنه يجب إيصالُه إليه، وقد حصل وإن كان لغير معين؛ فوجهان[٢]:

ومنها: الحكم بإسلام من اتُّهم بالردة إذا أنكر وأقر بالشهادتين؛ فإنه حكم صحيح، وإن حصل التردد في مستنده؛ هل هو الإسلام المستمر على ما يدعيه أو الإسلام المتجدد على تقدير صحة ما اتهم به؟

وقد قال الخرقي[٣]: ومن شهد عليه بالردة، فقال: ما كفرت، فإن شهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله؛ لم يكشف عن شيء، قال في «المغني»[٤]؛ لأن هذا يثبت به إسلام الكافر الأصلي؛ فكذلك المرتد، قال: «ولا حاجة في ثبوت إسلامه إلى الكشف عن صحة ردته».

ونقل محمد بن الحكم عن أحمد فيمن أسلم من أهل الكتاب ثم ارتد فشهد قوم عدول أنه تنصر أو تهود، وقال هو: لم أفعل، بل أنا مسلم، قال: أَقبَلُ قولَه ولا أَقبلُ شهادتَهم. وذكر كلاماً معناه أن إنكاره أقوى من الشهود.

وكذلك نقل عنه أبو طالب في رجل تَنَصَّر، فأخذ، فقال: لم أفعل؛ قال: يقبل منه، وعلل بأن المرتد يستتاب لعله يرجع، فيقبل منه، فإذا أنكر بالكلية؛ فهو أولى بالقبول، وليس في هذه

---

(١) «المغني» (١٠/ ١٠٤-١٠٥).

(٢) **ابن عثيمين**: (إذا حكم الحاكم في مسألة مختلف فيها بما يرى أن الحق في غيره؛ فهو آثم لا شك في ذلك، وعاص لأنه حكم بهذه المسألة هو يعتقد أنها خلاف الحق، مثل لو حكم أن الغاصب لا يضمن بالسعر، ومثل هذا؛ هل يُنقض حكمه؟

في هذا خلاف، والمذهب أنه يُنقض حكمه لأنه خالف ما يعتقده وهو بنفسه يقر بأن الحكم باطل.

والقول الثاني: إنه لا يُنقض؛ لأنه حكم حكماً موافقاً لاجتهاد بعض العلماء؛ لأنا لا ندري الصواب فيما يعتقد أو فيما حكم به، ولكن الصحيح أنه ينقض، وأن الحاكم إذا حكم بما يخالف نصاً أو إجماعاً قطعيّاً أو ما يعتقده؛ فإنه ينقض ولا بد، ولو لم نقل بذلك؛ لصار تلاعب بالأحكام، أي لصار الحكم بالهوى لا بما يرى أن الحق فيه والهدى) اهـ.

(٣) «المغني» (٩/ ٢٧).

(٤) «المغني» (٩/ ٢٨).

الرواية أنه ثبتت عليه الردة، ولا فيها أنه وجد منه غير إنكار الردة.

وأما مسألة محمد بن الحكم؛ ففيها أنه قال: أنا مسلم، وذلك يحصل به الإسلام؛ فهو كالشهادتين، وظاهر كلام أحمد يدلّ على أن إنكاره يكفي في الرجوع إلى الإسلام؛ ولو ثبتت عليه الردة بالبينة، وهو خلاف قول أصحابنا، وأما إن ثبت كفره بإقراره عليه، ثم أنكر؛ ففي «المغني»[1] يحتمل أن لا يقبل إنكاره، وإن سلمنا؛ فلأن الحد هنا وجب بقوله، فقبل رجوعه عنه، بخلاف ما ثبت بالبينة كما في حدِّ الزِّنا[2].

---

(١) «المغني» (٩/ ٢٧).

(٢) **ابن عثيمين**: (إذا قالوا أنه كفر يقبل قوله، ولو شهدوا عليه بالرد؛ لأن إنكاره للرد يستلزم الإسلام، والأصحاب يقولون: لا إذا ثبت أنه ارتد فلا بد أن يجدد إسلامه ولو أنكر لا يقبلون منه، لو قال أنه لم يرتد لا بد أن يجدد حتى وأن قال: أنا مسلم وقال: أشهد أن لا إله إلا الله قالوا أنه لا يكفي لأنهم شككوا به فهل نقول إن هذا الشك يرتفع بإنكاره أولاً فالإمام أحمد يقول: متى أنكر فهو معترف بالرجوع ونقض الشهود) ا.هـ

القاعدة التاسعة والستون

العقد الوارد على عمل معين.

إما أن يكون لازماً ثابتاً في الذمة بعوض؛ كالإجارة؛ فالواجب تحصيل ذلك العمل، ولا يتعين أن يعمله المعقود معه إلا بشرط أو قرينة تدل عليه، وإما أن يكون غير لازم، وإنما يستفاد التصرف فيه بمجرد الإذن؛ فلا يجوز للمعقود معه أن يقيم غيره مقامه في عمله إلا بإذن صريح أو قرينة دالة عليه، ويتردد بين هذين من كان تصرفه بولاية؛ إما ثابتة بالشرع كولي النكاح، أو بالعقد؛ كالحاكم وولي اليتيم.

فأما الأول؛ فله صور:

منها: الأجير المشترك؛ فيجوز له الاستنابة في العمل لأنه ضمن تحصيله لا عمله بنفسه، واستثنى الأصحاب من ذلك أن يكون العمل متفاوتاً كالفسخ؛ فليس له الاستنابة فيه بدون إذن المستأجر صريحاً، ونقلت من خط القاضي على ظهر جزء من «خلافه» قال: نقلت من «مسائل ابن أبي حرب الجَرْجَرَائي»[1]: سمعت أبا عبد الله سئل قال: دفعت ثوباً إلى خياط فقطعه ثم دفعه إلى آخر ليخيطه. قال: هو ضامن. ولعل هذا فيما دلت الحال على وقوع العقد فيه على خياطة المستأجر؛ لجودة صناعته وحذقه وشهرته بذلك؛ فلا يرتضي المستأجر بعمل غيره، والمذهب الجواز بدون القرينة، وعليه بنى الأصحاب صحة شركة الأبدان حتى أجازوها مع اختلاف الصنائع على أحد الوجهين.

وكذلك لو استأجر أجير لعمل وهو لا يحسنه؛ ففي الصحة وجهان: لأن العقد وقع على ضمان تسليم العمل وتحصيله لا على المباشرة.

ومنها: لو أصدقها عملاً معلوماً مقدراً بالزمان أو بغيره، وقلنا: يصح ذلك؛ فهو كالأجير المشترك.

---

(١) ورد هذا الاسم عند الخلال باسم (الجرجاني) وهو كذلك في النسخ المطبوعة أما في «المقصد الأرشد» فهو كما أثبتناه وهو محمد بن النقيب بن أبي حرب له مسائل مشبعة عن الإمام أحمد.

وأما الثاني، وهو المتصرف بالإذن المجرد؛ فله صور:

منها: الوكيل، وفي جواز توكيله بدون إذن روايتان معروفتان؛ إلا فيما اقتضته دلالة الحال، مثل أن يكون العمل لا يباشره مثله أو يعجز عنه لكثرته؛ فله الاستنابة بغير خلاف، لكن هل له الاستنابة في الجميع، أو في القدر المعجوز عنه خاصة؟

على وجهين، والأول اختيار صاحب «المغني»[1]، والثاني قول القاضي وابن عقيل.

ومنها: العبد المأذون له، وفيه طريقان:

أحدهما: أنه كالوكيل، وهو المذكور في «الكافي»[2] لأنه استفاد التصرف بالإذن؛ فهو كالوكيل.

والثاني: ليس له الاستنابة بدون إذن أو عرف بغير خلاف، وهو ما ذكره في «التلخيص» لقصور العبد في أملاكه وتصرفاته، فلا يملك التصرف بدون إذن أو قرينة.

ومنها: الصبي المأذون له، وهو كالوكيل، ذكره في «الكافي»[3].

ومنها: الشريك والمضارب، وفيهما طريقان:

أحدهما: أن حكمهما حكم الوكيل على الخلاف فيه، وهي طريقة القاضي والأكثرين.

والثاني: يجوز لهما التوكيل بدون إذن، وهو المجزوم به في «المحرر»[4] وكذلك رجحه أبو الخطاب في «رؤوس المسائل»؛ لعموم تصرفهما وكثرته وطول مدته غالباً، وهذه قرائن تدل على الإذن في التوكيل في البيع والشراء.

وكلام ابن عقيل يشعر بالتفريق بين المضارب والشريك؛ فيجوز للشريك التوكيل لأنه علل

---

(١) «المغني» (٥/ ٥٧).
(٢) «الكافي» (٢/ ٢٤١).
(٣) «الكافي» (٢/ ٢٤١).
(٤) «المحرر» (١/ ٣٤٩).

بأن الشريك استفاد بعقد الشركة ما هو دونه، وهو الوكالة؛ لأنها أخص والشركة أعم؛ فكان له الاستنابة في الأخص، بخلاف الوكيل؛ فإنه استفاد بحكم العقد مثل العقد، وهذا يدل على إلحاق المضارب بالوكيل.

وهذا الكلام في توكيلهما في البيع والشراء، فأما دفع المضارب المال مضاربة إلى غيره؛ فلا يجوز بدون إذن صريح، نص عليه أحمد، وعلل بأنه إنما ائتمنه على المال؛ فكيف يسلمه إلى غيره؟! وحكى فيه رواية أخرى بالجواز.

وأما الثالث، وهو المتصرف بالولاية؛ فمنه ولي اليتيم، وفيه طريقان:

أحدهما: أنه كالوكيل، وهي طريقة القاضي وابن عقيل وصاحب «المغني»[(١)]؛ لأن تصرفه بالإذن؛ فهو كالوكيل.

والثاني: أنه يجوز التوكيل، بخلاف الوكيل، رجحه القاضي وابن عقيل أيضاً في كتاب «الوصايا» وأبو الخطاب، وجزم به في «المحرر»[(٢)]؛ لأنه متصرف بالولاية، وليس وكيلاً محضاً؛ فإنه يتصرف بعد الموت، بخلاف الوكيل، ولأنه تعتبر عدالته وأمانته، وهذا شأن الولايات، ولأنه لا يمكنه الاستئذان وتطول مدته ويكثر تصرفه، بخلاف الوكيل.

هذا في توكيله، فأما في وصيته إلى غيره؛ ففيها روايتان منصوصتان، واختار المنع أبو بكر والقاضي.

ومنها: الحاكم؛ هل له أن يستنيب غيره من غير إذن له في ذلك؟

وفيه طريقان:

أحدهما: طريق القاضي في «المجرد» و «الخلاف»: أنه كالوكيل على ما مر فيه..

والثاني: وهو طريق القاضي في «الأحكام السلطانية»[(٣)] وابن عقيل وصاحب «المحرر»[(٤)]:

---

(١) «المغني» (٤/ ١٦٧).

(٢) «المحرر» (١/ ٣٤٩-٣٥٠).

(٣) «الأحكام السلطانية» (٢٣،٢٥).

(٤) «المحرر» (١/ ٣٤٩).

أن له الاستخلاف قولاً واحداً.

ونص عليه أحمد في «رواية مهنا» بناءً على أن القاضي ليس بنائب للإمام، بل هو ناظر للمسلمين لا عمن ولاه، ولهذا لا ينعزل بموته ولا بعزله على ما سبق؛ فيكون حكمه في ولايته حكم الإمام، بخلاف الوكيل، ولأن الحاكم يضيق عليه تولي جميع الأحكام بنفسه، ويؤدي ذلك إلى تعطيل مصالح الناس العامة؛ فأشبه من وكل فيما لا يمكنه مباشرته عادة لكثرته، ومنه ولي النكاح، فإن كان مجبراً؛ فلا إشكال في جواز توكيله؛ لأن ولايته ثابتة شرعاً من غير جهة المرأة، ولذلك لا يعتبر معه إذنها، وإن كان غير مجبر؛ ففيه طريقان:

أحدهما: أنه كالوكيل، وهي طريقة القاضي؛ لأنه متصرف بالإذن.

والثاني: أنه يجوز له التوكيل قولاً واحداً، وهو طريق صاحب «المغني»[1] و«المحرر»[2]؛ لأن ولايته ثابتة بالشرع من غير جهة المرأة؛ فلا تتوقف استنابته على إذنها؛ كالمجبر، وإنما افترقا في اعتبار إذنها في صحة النكاح، ولا أثر لها ها هنا.

---

(١) «المغني» (٥/٥٧-٥٨).

(٢) «المحرر» (٢/١٥).

القاعدة السبعون

الفعل المتعدي إلى مفعول أو المتعلق بظرف أو مجرور إذا كان مفعوله أو متعلقة عاماً؛ فهل يدخل الفاعل الخاص في عمومه، أم يكون ذكر الفاعل قرينة مخرجة له من العموم، أو يختلف ذلك بحسب القرائن؟

فيه خلاف في المذهب، والمرجح فيه التخصيص؛ إلا مع التصريح بالدخول أو قرائن تدل عليه، وتترتب على ذلك صور متعددة:

منها: النهي عن الكلام والإمام يخطب لا يشمل الإمام على المذهب المشهور.

ومنها: الأمر بإجابة المؤذن؛ هل يشمل المؤذن نفسه؟

المنصوص ها هنا الشمول، والأرجح عدمه؛ طرداً للقاعدة.

ومنها: إذا أذن السيد لعبده في التجارة؛ لم يملك أن يؤجر نفسه، وللمنع مأخذ آخر، وهو أن المنافع ليست من أموال التجارة، ذكره القاضي.

ومنها: إذا أذن السيد لعبده أن يعتق عن كفارته من رقيق السيد؛ لم يملك أن يعتق نفسه، وخرجها أبو بكر على وجهين، وهذا يتمشى على طريقته وطريقة ابن حامد والمتقدمين: أن تكفير العبد بالمال لا ينبني على ملكه بالتمليك، بل يكفر به بإذن السيد وإن لم يملكه، وإلا، فلو ملكه نفسه؛ لانعتقت عليه قهراً، ولم تجزئه عن الكفارة.

ومنها: هل يكون الرجل مصرفاً لكفارة نفسه؟

في المسألة روايتان، ثم من الأصحاب من يحكيهما في غير كفارة الجماع في رمضان؛ لورود النص فيها[1]، ومنهم من حكاهما في الجميع، وجعل ذلك خصوصاً للأعرابي أو إسقاطاً للكفارة عنه؛ لعجزه وكونها لا تفضل عنه.

واختلفوا في محل الخلاف؛ فقيل: هو إذا كفر الغير عنه بإذنه؛ هل يجوز له أن يصرفها إليه أم

---

(١) حديث الرجل الذي جامع في رمضان متفق عليه، رواه البخاري (١٩٣٦)، ومسلم (١١١).

لا؟ بناءً على أن التكفير من الغير عنه لا يستلزم دخولها في ملكه قبل ملك الفقير لها؛ كما تقدم مثله في العتق، وقيل: بل إذا تصدق عليه بها لفقره؛ هل يجوز أن يأكلها وتكون كفارة أم لا؟ وهي طريقة ابن أبي موسى.

ومنها: هل يكون الرجل مصرفاً لزكاته؟

إذا أخذها الساعي منه؛ فقد برئت ذمته منها، فله أن يعيدها إليه بعد ذلك، هذا هو المنصوص عن أحمد واختيار القاضي؛ لأن عودها إليه ها هنا بسبب متجدد؛ فهو كإرثه لها، ولا نقول: إنه قبضها عن زكاة ماله؛ لأنه بريء من زكاة ماله بقبض الساعي، وإنما يأخذها من جملة الصدقات المباحة له.

وقال أبو بكر: مذهب أحمد لا يحل له أخذها، ذكره في زكاة الفطر، وعلل بأنها طهرة؛ فلا يجوز أن يتطهر بما قد تطهر به، وهكذا الخلاف في رد الإمام خمس الفيء والغنيمة على من أخذها منه.

وأما إسقاطها قبل القبض؛ فلا يجوز لأن الإبراء من الدين لا يسقط الزكاة ولا الخمس، بل يجب فيها القبض، بخلاف الخراج والعشر المأخوذ من تجار أهل الكتاب؛ لأنه فيء؛ فيجوز للإمام إسقاطه عمن هو واجب عليه إذا رأى فيه المصلحة، فكذلك خمس الزكاة إذا قيل: هو فيء.

ومنها: هل يكون الواقف مصرفاً لوقفه كما إذا وقف شيئاً على الفقراء ثم افتقر؟

فإنه يدخل على الأصح، ونص عليه أحمد في رواية المروذي، وكذلك لو انقطع مصرف الوقف، وقلنا: يرجع إلى أقاربه وقفاً، وكان الواقف حيّاً؛ هل يرجع إليه؟

على روايتين حكاهما ابن الزاغوني في «الإقناع»، وجزم ابن عقيل في «المفر ات» بدخوله.

وكذلك لو وقف على أولاده وأنسالهم أبداً، على أنه من تُوفي منهم عن غير ولد؛ رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه، فتُوفي أحدُ أولاده عن غير ولد، والأب الواقف حي؛ فهل يعود نصيبه إليه لكونه أقرب الناس إليه أم لا؟

يخرج على ما قبلها.

والمسألة ملتفتة إلى دخول المخاطب في خطابه.

ومنها: الوكيل في البيع؛ هل له الشراء من نفسه؟

فيه روايتان معروفتان، وللمنع مأخذان:

أحدهما: التهمة وخشية ترك الاستقصاء في الثمن.

والثاني: أن سياق التوكيل في البيع يدل على إخراجه من جملة المشترين؛ لأنه جعله بائعاً فلا يكون مشترياً.

وهذان المأخذان ذكرهما القاضي وغيره.

والثالث: أنه لا يجوز أن يتولى طرفي العقد واحد بنفسه، ويأخذ بإحدى يديه من الأخرى، فإذا وكلا رجلاً يشتري له منه؛ جاز، نقل ذلك حنبل عن أحمد.

فعلى المأخذ الأول لا يجوز له البيع ممن يتهم بمحاباته أيضاً، وهو من لا تقبل شهادته له، ومنهم من خصه بمن له عليه ولاية وهو ولده الصغير دون من لا ولاية له عليه، وهي طريقتا القاضي في «المجرد» وابن عقيل وصاحب «المغني»[1].

وعلى الثاني والثالث يجوز له البيع من غيره إذا كان أهلاً للقبول.

ويجوز على المأخذ الثالث أيضاً أن يوكل من يشتري له؛ لاندفاع محذور اتحاد الموجب والقابل؛ وإن وكل من يبيع السلعة ويشتريها هو، فذكر ابن أبي موسى: أنه إن كان مأذوناً له في التوكيل في البيع؛ جاز الشراء من وكيله قولاً واحداً بناءً على أن الوكيل الثاني وكيل للموكل الأول؛ فكأنه اشترى السلعة من مالكها، وإن كان لم يأذن له في التوكيل؛ انبنى على جواز توكيله بدون إذن، فإن أجزناه؛ صح البيع، وإلا؛ فلا، فيحتمل أن يكون مأخذ الصحة أن الوكيل الثاني وكيل للموكل، ويدل عليه تعليله بذلك في صورة الإذن في مسألة النكاح، ويحتمل أن يعتبر التوكيل؛ لئلا يتحد الموجب والقابل مع أن هذا منتقص بالأب في مال ولده الطفل.

---

(١) «المغني» (٥/ ٦٨).

وأما رواية الجواز؛ فاختلف في حكاية شروطها على طرق:

أحدها: أنه يشترط الزيادة على الثمن الذي ينتهي إليه الرغبات في النداء، وفي اشتراط أن يتولى النداء غيره وجهان، وهي طريقة القاضي في «المجرد» وابن عقيل.

والثاني: أن المشترط التوكيل المجرد؛ كما هي طريقة ابن أبي موسى والشيرازي.

والثالث: أن المشترط أحد أمرين: إما أن يوكل من يبيعه على قولنا بجواز ذلك، وإما أن يزيد على ثمنه في النداء، وهي طريقة القاضي في «خلافه» وأبي الخطاب، وأما إن باع الوكيل واشترط على المشتري أن يشركه فيه؛ فهل يجوز أم لا؟

على روايتين:

إحداهما: يجوز، نقلها أبو الحارث في الوكيل يبيع ويستثني لنفسه الشركة، أرجو ألا يكون به بأس.

والثانية: تكره، نقلها ابن منصور[1] في رجل يدفع إليه الثوب يبيعه، فإذا باعه؛ قال: أشركني فيه. قال: أكره هذا.

فأما إن أذن له الموكل في الشراء من نفسه؛ فإنه يجوز، قال كثير من الأصحاب رواية واحدة، بخلاف النكاح، وحكى الشيخ مجد الدين[2] فيه وجهاً آخر بالمنع؛ قال: وهل يكون حضور الموكل وسكوته كإذنه؟

يحتمل وجهين، أشبههما بكلام أحمد المنع.

ونقل أحمد بن نصر الخفاف عن أحمد فيمن له على رجل خمسون ديناراً، فوكله في بيع داره ومتاعه ليستوفي حقه، فباعها بدراهم ليصارف نفسه ويأخذها بالدنانير؛ لم يجز، ولكن يبيعها ويستقضي ويأخذ حقه.

---

(١) مسائل أحمد لابن منصور (ص٢٤٤).

(٢) «المحرر» (١/ ٣٤٩).

قال القاضي: ظاهر كلامه أنه لا يجوز له بيعها بغير جنس حقه ليستوفي منه؛ لأن التهمة موجودة في عقد الصرف لنفسه من نفسه، وإنما أذن له في الاستيفاء ولم يأذن له في المصارفة، فإذا باعها بجنس حقه؛ فله الاستيفاء منها بالإذن لأن يده كيد موكله؛ فهو يقبض من يد غيره لنفسه، لكن هذه العلة موجودة في شراء الوكيل لنفسه من نفسه.

وكذلك حكى في «الخلاف» في المسألتين روايتين، وجعلها صاحب «التلخيص» رواية بجواز توكيل الوكيل في إيفاء نفسه من جنس حقه خاصة، وأنكر الشيخ مجد الدين أن يكون فيه دلالة على المنع من البيع بغير جنس الحق، لا سيما إن كان جنس الحق غير نقد البلد.

وحمل قول أحمد ببيعها على أن الدراهم التي هي الثمن، وبنى ذلك على قولنا بمنع الوكيل من البيع من نفسه، فأما على قولنا بجوازه؛ فإنه يجوز له ها هنا مصارفة نفسه.

ومنها: شراء الوكيل لموكله من ماله، وحكمه حكم شراء الوكيل من مال موكله، ذكره ابن أبي موسى وغيره.

وفي «مسائل ابن هانئ»[1] عن أحمد فيمن بعث إليه بدراهم ليشتري بها من بعض المواضع، فبعث إليهم بما عنده ويُبالغ في الاستقصاء، قال: لا يعجبني أن يبعث إليهم مما عنده حتى يبين أنه قد بعث إليهم من المتاع الذي عنده.

ومنها: شراء الوصي من مال اليتيم، وحكمه حكم شراء الوكيل، وفيه روايتان منصوصتان، ولم يذكر ابن أبي موسى فيه سوى المنع، وكذلك حكم الحاكم وأمينه في مال اليتيم، ويتوجه التفريق بين الحاكم وغيره؛ فإن الحاكم ولايته غير مستندة إلى إذن؛ فتكون عامة، بخلاف من استندت ولايته إلى إذن من غيره في التصرف، فإن إطلاق الإذن له يقتضي أن يتصرف مع غيره لا مع نفسه كما سبق، وقد اعتمد القاضي على هذا الفرق بين تصرف الأب وغيره.

ومنها: الوكيل في نكاح امرأة ليس له أن يتزوجها لنفسه على المعروف من المذهب، وقد ذكر ابن أبي موسى أنه إن أذن له الولي في التوكيل فوكل غيره فزوجه؛ صح، وكذا إن لم يأذن

---

(١) مسائل لأحمد لابن هانئ (٢/ ١٦).

له وقلنا للوكيل أن يوكل مطلقاً، فأما من له ولاية بالشرع؛ كالولي والحاكم وأمينه؛ فله أن يزوج نفسه؛ وإن قلنا: ليس لهم أن يشتروا من المال، ذكره القاضي في «خلافه»، وفرق بأن المال القصد منه الربح، وهذا يقع فيه التهمة، بخلاف النكاح؛ فإن القصد منه الكفاءة وحسن العشرة، فإذا وجد ذلك؛ صح، وألحق أيضاً الوصي بذلك.

وفيه نظر؛ فإن الوصي يشبه الوكيل لتصرفه بالإذن، وسواء في ذلك اليتيمة وغيرها، صرح به القاضي في ذلك، وذلك حيث يكون لها إذن معتبر، ومتى زوج أحد من هؤلاء نفسه بإذن المرأة من غير توكيل، بل مباشرة لطرفي العقد؛ ففي صحته روايتان، وإن وكل في أحد الطرفين؛ فقال أكثر الأصحاب: يصح رواية واحدة، وأنكر ذلك ابن عقيل وقال: متى قلنا: لا يصح أن يتولاه بنفسه؛ لم يصح عقد وكيله له لأن وكيله قام مقام نفسه، واستثنى من ذلك الإمام إذا أراد أن يتزوج امرأة ليس لها ولي؛ فإنه يتزوجها بولاية أحد نوابه؛ لأن نوابه نواب عن المسلمين لا عنه فيما يخصه.

ومنها: إذا عمل أحد الشريكين في مال الشركة عملاً يملك الاستئجار عليه ودفع الأجرة؛ فهل له أن يأخذ الأجرة أم لا؟

على روايتين:

ومنها: الموصى إليه بإخراج مال لمن يحج أو يغزو؛ ليس له أن يأخذه ويحج به ويغزو، نص عليه أحمد في «رواية أبي داود»[1]، وقال: «هو متعد؛ لأنه لم يأمره»، وهذا تصريح بأن مأخذ المنع عدم تناول اللفظ له.

ومنها: المأذون له أن يتصدق بمال؛ هل له أن يأخذ منه لنفسه إذا كان من أهل الصدقة؟

المذهب أنه لا يجوز، ونص عليه أحمد في «رواية ابن بختان»، وذكر في «المغني»[2] احتمالين آخرين:

---

(١) مسائل أحمد لأبي داود (ص٢١٣).

(٢) «المغني» (٢/ ٢٧٣).

أحدهما: الجواز مطلقاً.

والثاني: الرجوع إلى القرائن، فإن دلت قرينة على الدخول؛ جاز الأخذ، أو على عدمه؛ لم يجز.

ومع التردد يحتمل وجهين، والجواز متخرج من مسألة شراء الوكيل، وأولى؛ إذ لا عوض ها هنا يبتغى، وهو أمين على المال يتصرف فيه بالمصلحة، ولكن الأولى سد الذريعة؛ لأن محاباة النفس لا تؤمن، وعلى هذا؛ فهل له أن يعطيه من لا تقبل شهادته له؟

فيه وجهان:

أشهرهما: المنع.

والثاني: الجواز، اختاره صاحبا «المغني»[1] و«المحرر»[2].

ومنها: إذا وكل غريمه أن يبرئ غرماءه؛ لم يدخل فيهم بمطلق العقد، فإن سماه أو وكله وحده؛ جاز ذلك؛ كما قلنا في البيع من نفسه على الأصح. ذكره في «شرح الهداية»، وعزاه إلى القاضي وابن عقيل، قال: والفرق على الوجه الآخر افتقار البيع إلى الإيجاب والقبول، يعني بخلاف الإبراء.

ومنها: لو قال في الأيمان ونحوها في التعليقات: من دخل داري، أو قال: من دخل دارك؛ لم يدخل المتكلم في الصورة الأولى، ولا المخاطب بها في الصورة الثانية، ذكره القاضي وغيره.

ومنها: الأموال التي تجب الصدقة فيها شرعاً للجهل بأربابها؛ كالغصوب والودائع؛ لا يجوز لمن هي في يده الأخذ منها على المنصوص، وخرج القاضي جواز الأكل له منها إذا كان فقيراً على الروايتين في جواز شراء الوصي من نفسه، كذا نقله عنه ابن عقيل في «فنونه»، وأفتى به الشيخ تقي الدين[3] في الغاصب الفقير إذا تاب.

---

(١) «المغني» (٢/ ٢٧٦).

(٢) «المحرر» (١/ ٢٢٣).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٠/ ٣٢٧).

وعلى المذهب؛ يتخرّج في إعطاء من لا تقبل شهادته له الوجهان، والمنصوص عن أحمد أنه لا يحابي بها أصدقاءه، بل يعطيهم أسوة غيرهم، نقله عنه صالح[1]، وكذا نقل عنه المروذي إذا دفعها إلى أقارب له محتاجين إن كان على طريق المحاباة لا يجوز، وإن كان لم يحابهم؛ فقد تصدق، ونقل عنه حرب إذا كان له أخوان محاويج قد كان يصلهم؛ أيجوز له أن يدفعها إليهم؟ فكأنه استحب أن يعطي غيرهم، وقال: لا يحابي بها أحداً، والظاهر أنه جعل إعطاءهم مع اعتبار صلتهم محاباة؛ فلذلك استحب العدول عنهم بالكلية.

تنبيه:

لو وصى لعبده بثلث ماله؛ دخل في الوصية ثلث العبد نفسه؛ فيعتق عليه، نص عليه، ويكمل عتقه من باقي الوصية؛ لأن ملكه للوصية مشروط بعتقه، فكذلك دخل في عموم المال الموصى به ضرورة صحة الوصية له.

---

(١) مسائل أحمد برواية ابنه صالح (١/ ٢٨١-٢٨٢).

القاعدة الحادية والسبعون

فيما يجوز الأكل منه من الأموال بغير إذن مستحقيها.

وهي نوعان: مملوك تعلّق به حق الغير، ومملوك للغير.

فأما الأول؛ فهو مال الزكاة، فيجوز الأكل مما تتوق إليه الأنفس ويشق الانكفاف عنه من الثمار بقدر ما يحتاج إليه من ذلك،ويطعم الأهل والضيفان، ولا يحتسب زكاته، وكذلك يجب على الخارص أن يدع في خرصه الثلث أو الربع بحسب ما يقتضيه الحال من كثرة الحاجة وقلّتها؛ كما دلّت عليه السنة[1]، فإن استبقيت ولم تؤكل رطبة؛ رجع عليهم بزكاتها، وأما الزروع؛ فيجوز الأكل منها بقدر ما جرت العادة بأكله فريكاً ونحوه، نص عليه أحمد، وليس له الإهداء منها، وخرّج القاضي في الأكل منها وجهين من الأكل من الزروع التي ليس لها حافظ.

وأما الثاني؛ فينقسم إلى ما له مالك معين وإلى ما له مالك غير معين، فأما ما له مالك غير معين؛ كالهدي والأضاحي؛ فيجوز لمن هي في يده؛ وهو المهدي والمضحى أن يأكل منهما ويدخر ويهدي؛ كما دلت عليه السنة[2]، وهل يجوز أكل أكثر من الثلث أم لا؟

على وجهين، أشهرهما الجواز، وهل المستحب أن يقسم الهدي أثلاثاً كالأضاحي أو يتصدق به كله؛ أو بما يأكله منه؟

على وجهين:

وأما ما له مالك معين؛ فنوعان:

أحدهما: أن يكون له عليه ولاية، فإن كانت الولاية عليه لحفظ نفسه كالرهن؛ فإنه يجوز له الأكل مما بيده إذا كان ذرا والانتفاع بظهره إذا كان مركوباً؛ لكن بشرط أن يعاوض عنه

---

(١) يشير إلى حديث: «إذا خرصتم؛ فخذوا ودعوا الثلث، فإن لم تدعوا الثلث؛ فدعوا الربع» رواه أبوداود (١٦٠٥)، والترمذي (٦٤٣)، والنسائي (٥/ ٤٢)، وأحمد (٤/ ٢-٣،٣)، وسنده ضعيف لكن معناه مقبول لذا قال الترمذي: والعمل على حديث سهل بن أبي حثمة عند أكثر أهل العلم في الخرص.

(٢) أحاديث الادخار رواها البخاري (٥٥٦٩)، ومسلم (١٩٧٤).

بالنفقة، وإن كانت الولاية لمصلحة المولى عليه؛ فالمنصوص جواز الأكل منه أيضاً بقدر عمله، ويتخرج على ذلك صور:

منها: ولي اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله، وهل يرده إذا أيسر؟

على روايتين، واختار ابن عقيل أنه يأكل مع الحاجة وعدمها، ولو فرض الحاكم له شيئاً؛ جاز له أخذه مجاناً بغير خلاف، هذا ظاهر كلام القاضي.

ونص عليه أحمد في «رواية البرزاطي» في الأم الحاضنة: أنها لا تأكل من مال ولدها إلا لضرورة؛ إلا أن يفرض لها الحاكم في المال حق الحضانة، ووجهه أن من أعطاه غيره؛ فله الأخذ مع الغنى، بخلاف الأخذ بنفسه، ولهذا أجاز للوصي الأخذ إذا شرط له الأب مع غناه، وجاز للولي أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يعمل فيه بجزء من ربحه، ولم يجز له إذا عمل فيه بنفسه أن يأخذ، ولهذا المعنى جاز الأخذ لعامل الزكاة مع الغنى؛ لأن المعطي له هو الإمام.

ومنها: أمين الحاكم أو الحاكم إذا نظر في مال اليتيم، قال القاضي مرة: لا يأكل؛ وفرق بينه وبين الوصي بأن الأب له أن يجعل للوصي جعلاً مع وجود متبرع بالنظر في مال اليتيم، والوصي متصرف بإذنه وتوليته، بخلاف أمين الحاكم؛ فإنه لو وجد متبرعاً بالحفظ؛ لم يجز له أن يجعل لأحد جعلاً عليه، وقال مرة: له الأكل كوصي الأب، وأخذه من نص أحمد على أن الحاكم يأخذ على القضاء أجراً بقدر شغله، وقال: هو مثل ولي اليتيم، وأما الأب؛ فقال القاضي: ليس له الأكل لأجل عمله؛ لغناه عنه بالنفقة الواجبة في ماله، ولكن له الأكل منه بجهة التملك عندنا، وضعّف ذلك الشيخ تقي الدين.

ومنها: ناظر الوقف والصدقات، ونص أحمد على جواز أكله، نقل عنه أبو الحارث أنه قال في والي الوقف: إن أكل منه بالمعروف؛ فلا بأس. قيل له: فيقضي منه دينه؟ قال: ما سمعنا فيه شيئاً.

وكذلك نقل عنه حرب في رجل أوصى إلى رجل بأرض أو صدقة للمساكين، فدخل الوصي الحائط أو الأرض، فتناول بطيخة أو قثاءً أو نحو ذلك، قال: لا بأس بذلك إذا كان القيم بذلك أكل.

وترجم عليه بعض الأصحاب -وأظنه أبا حفص العكبري-: (الوصي يأكل من الوقف

الذي يليه)، وهذا ظاهر في أنه لا يشترط له الحاجة، وخرّجه أبو الخطاب على عامل اليتيم، ونقل الميموني عن أحمد أنه ذكر حديث عمر حين وقف فأوصى إلى حفصة[١]، ثم قال أحمد: وليه يأكل منه بالمعروف إذا اشترط ذلك، ومفهومه المنع من الأكل بدون الشرط، فأما الوكيل في الصدقة؛ فلا يأكل منها شيئاً.

نقل يعقوب ابن بختان عن أحمد في رجل في يده مال للمساكين وأبواب البر، وهو فقير محتاج إليه؛ فلا يأكل منه، إنما أمر أن ينفذ.

وصرح به القاضي في «المجرد» بأنَّ من أوصي إليه بتفرقة مال على المساكين أو دفع إليه رجل في حياته مالاً ليفرقه صدقة؛ لم يجز له أن يأكل منه شيئاً بحق قيامه لأنه منفذ، وليس بعامل منم مثمر.

ومنها: الوكيل والأجير، والمعروف منعهما من الأكل؛ لاستغنائهما عنه بطلب الأجرة من المؤجر والموكل، لا سيما والأجير قد أخذ الأجرة على عمله.

ونقل حنبل عن أحمد في الولي والوصي إذا كانا يصلحان ويقومان بأمره، فأكلا بالمعروف؛ فلا بأس به بمنزلة الوكيل والأجير.

قال القاضي في «خلافه»: وظاهر هذا جواز الأكل للوكيل. انتهى.

ونقل العباس بن محمد الخلال[٢] عن أحمد فيمن كانت في يده أرض من أرض الخراج؛ هل يأكل مما أخرجت من زرع أو ثمر إذا كان الإمام يأخذهم بالخراج مساحة، أو صيرها في أيديهم مقاسمة على النصف أو الربع؟ قال: يأكل إلا أن يخاف السلطان، وهذا يدل على جواز أكل الشريك والعامل في المساقاة ونحوهما من الزرع والثمار بغير إذنه.

النوع الثاني: ما لا ولاية له عليه؛ فيجوز الأكل منه للضرورة بلا نزاع، وأما مع عدمها؛ فيجوز فيما تتوق إليه النفوس مع عدم الحفظ والاحتراز عليه، وذلك في صور:

---

(١) الحديث رواه البخاري (٢٧٣٧)، ومسلم (١٦٣٢).

(٢) هو العباس بن محمد بن موسى الخلال وكان له قدر وعلم ومن أوائل أصحاب أحمد.

منها: الأكل من الأطعمة في دار الحرب وإطعام الدواب المعدة للركوب، فإن كانت للتجارة؛ ففيه روايتان، وإن كانت للتصيد بها؛ فوجهان، وسواء كان محتاجاً إليه أو لم يكن في أشهر الطريقتين، وفي الثانية لا يجوز إلا للحاجة بقدرها.

وفي رد عوضه في المغنم روايتان، وهي طريقة ابن أبي موسى، واختلف الأصحاب في محل الجواز؛ فقيل: محله ما لم يحرزه الإمام، فإذا أحرزه أو وكل به من يحفظه؛ لم يجز الأكل إلا لضرورة، وهي طريقة الخرقي[1]؛ لأن إحرازه منع من التناول منه، وأما قبل الإحراز؛ فإن حفظه يشق ويتسامح بمثله عادة، وقيل: يجوز الأكل ما داموا في أرض الحرب، وإن أحرز ما لم يقسم -وهي طريقة القاضي- وإن فضلت منه فضلة؛ فهل يجب ردّها مطلقاً أو يشترط كثرتها؟

على روايتين.

ومنها: إذا مر بثمر غير محوط ولا عليه ناظر؛ فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها، ولا يحمل على الصحيح المشهور من المذهب، ولا فرق بين المتساقط على الأرض وما على الشجر؛ كما دلّت عليه السنّة[2]، وتنزيلاً لتركه بغير حفظ مع العلم بتوقان نفوس المارة إليه منزلة الإذن في الأكل منه؛ لدلالته عليه عرفاً، مع العلم بتسامح غالب النفوس في بذل يسير الأطعمة، بخلاف المحفوظ بناظر أو حائط، فإن ذلك بمنزلة المنع منه.

وفي المذهب رواية ثانية بجواز الأكل من المتساقط دون ما على الشجر؛ لأن المسامحة في المتساقط أظهر لتسرّع الفساد إليه، ولم يثبتها القاضي.

ورواية ثالثة بمنع الأكل مطلقاً إلا مع الحاجة؛ فيؤكل حينئذ مجاناً بغير عوض، وعلى المذهب المشهور؛ هل يلحق الزرع ولبن المواشي بالثمار؟

على روايتين، فإن الأكل من الزرع وحلب اللبن من الضرع إنما يفعل للحاجة لا للشهوة.

---

(١) «المغني» (٩/ ٢٢٨).

(٢) في الحديث الذي أخرجه ابن ماجه (٢٣٠٠)، وأحمد (٣/ ٧، ٢١، ٨٥) وغيره ولفظه: «إذا أتى أحدكم على راعٍ؛ فليناد: يا راعي الإبل -ثلاثاً- فإن أجابه، وإلا؛ فليحلب وليشرب ولا يحملن، وإذا أحدكم على حائط بستان، فليناد ثلاثاً: يا صاحب الحائط، فإن أجابه، وإلا؛ فليأكل ولا يحمل» والحديث ضعفه بعض أهل الحديث وحسنه آخرون.

لقاعدة الثانية والسبعون

اشتراط النفقة والكسوة في العقود.

يقع على وجهين: معاوضة، وغير معاوضة.

فأما المعاوضة؛ فتقع في العقود اللازمة، ويملك فيها الطعام والكسوة، كما يملك غيرهما من الأموال المعاوض بها، فإن وقع التفاسخ قبل انقضاء المدة؛ رجع بما عجل منها إلا في نفقة الزوجة وكسوتها؛ فإن في الرجوع بهما ثلاثة أوجه، ثالثها يرجع بالنفقة دون الكسوة:

فمنها: الإجارة، فيجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها على الصحيح، ومن الأصحاب من لم يحك فيه خلافاً.

ومنها: استئجار غير الظئر من الأجراء بالطعام والكسوة، وفيه روايتان أصحهما الجواز؛ كالظئر.

ومنها: البيع، فلو باعه ثوباً بنفقة عبده شهراً؛ صح، ذكره القاضي في «خلافه».

ومنها: النكاح، تقع النفقة والكسوة فيه عوضاً عن تسليم المنافع، ولا يحتاج إلى شرطها في العقد، كما لا يحتاج فيه إلى ذكر المهر الذي يحصل به أصل الاستباحة، ولو شرطت عليه نفقة ولدها وكسوته؛ صح، وكان من المهر.

وأما غير المعاوضة؛ فهو إباحة النفقة للعامل ما دام متلبساً بالعمل، ويقع ذلك في العقود الجائزة؛ إما بأصل الوضع، أو لأنه لا تجوز المعاوضة عنه بالشرع، ويندرج تحت ذلك صور:

منها: المضاربة؛ فيجوز اشتراط المضارب النفقة والكسوة في مدة المضاربة.

ومنها: الشركة.

ومنها: الوكالة.

ومنها: المساقاة والمزارعة، إذا قلنا: بعدم لزومها وما بقي معهم من النفقة المأخوذة والكسوة بعد فسخ هذه العقود؛ هل يستقر ملكهم عليه أم لا؟

يحتمل أن لا يستقر؛ لأن ما يتناوله إنما هو على وجه الإباحة لا الملك، ولهذا قال الأصحاب: إذا اشترط ال ضارب التسري من مال المضاربة، فاشترى أمة منه؛ ملكها، ويكون ثمنها قرضاً عليه؛ لأن الوطء لا يستباح بدون الملك، بخلاف المال؛ فإنه يستباح بالبذل والإباحة، كما يستبيح المرتهن الانتفاع بالرهن بشرطه في عقد البيع، نص عليه أحمد، ويكون إباحة، وأشار أبو بكر عبد العزيز إلى رواية أخرى: يملك المضارب الأمة بغير عوض.

وعلى هذا؛ فيحتمل أن تكون النفقة والكسوة تمليكاً؛ فلا يرد ما فضل منهما، ويحتمل أن يفرق بين اليسير والكثير؛ كما في المأخوذ من المغنم.

ومنها: إذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليحج عنه؛ فإنه عقد جائز، والنفقة فيه إعانة على الحج لا أجرة، وينفق على نفسه بالمعروف إلى أن يرجع إلى بلده، وإن فضلت فضلة ردها، نص عليه، وكذا إن كانت الحجة عن ميت؛ إما بأن تكون حجة الإسلام، أو أوصى بأن يحج عنه، فإن فاضل النفقة يسترده الورثة إلا أن يعين الموصي في وصيته إعطاء مقدار معين لمن يحج عنه حجة، فإن الفاضل يكون له في المعروف من المذهب.

ونقل ابن منصور عن أحمد: إذا قال: حجوا عني بألف درهم حجة؛ يحج عنه حجة، وما فضل يرد إلى الورثة، وهذا يدل على أنه لا يجوز أن يدفع إلى من يحج عنه أكثر من نفقته، ولم يجعل الباقي وصية؛ لأن الحاج هنا غير معين، فلا تصح الوصية له، بخلاف ما إذا كان معيناً، ووجه المذهب أن الموصى له يتعين بحجة فيصير معلوماً، وإن قال: حجوا عني بألف ولم يقل حجة؛ فالمذهب أنها تصرف في حجة بعد أخرى حتى تنفذ.

وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى: أنه يحج عنه حجة واحدة بنفقة المثل والباقي للورثة.

ومنها: إذا أخذ الحاج من الزكاة ليحج به؛ فإنه يجوز بناءً على قولنا: إن الحج من السبيل، فإن حج ثم فضلت فضلة؛ فهل تسترد أم لا؟

الأظهر استردادها؛ كالوصية، وأولى؛ لأن هذا المال يجب صرفه في مصارفه المعينة شرعاً، ولا يجوز الإخلال بذلك، بخلاف فاضل الوصية، فإن الحق فيه للورثة، ولهم تركه، وقياس قول الأصحاب في الغازي أنه لا يسترد، وظاهر كلام أحمد في «رواية الميموني» أن الدابة لا تسترد،

ولا يلزم مثله في النفقة؛ لأن الدابة قد صرفت في سبيل الله، بخلاف فاضل النفقة، ويملكها بخروجه من بلده، بخلاف الغازي، نص عليه أحمد في «رواية الميموني»، وعلل بأنه من حين يخرج؛ فهو ابن سبيل له حق في الزكاة، والغازي إنما أعطي للغزو؛ فلا يملك بدونه، وهذا يرجع إلى أن من أخذ لسبب، فانتفى وخلفه سبب آخر مبيح للأخذ أن له الإمساك بالسبب الثاني، وفيه خلاف بين الأصحاب.

ومنها: إذا أخذ الغازي نفقة أو فرساً ليغزو عليها؛ فإنه يجوز، ويكون عقداً جائزاً لا لازماً، وهو إعانة على الجهاد لا استئجار عليه، فإن رجع والفرس معه؛ ملكها ما لم تكن وقفاً أو عارية، نص عليه أحمد، ولا يملكها حتى يغزو.

وقال القاضي في «خلافه»: ويكون تمليكاً بشرط، ومعناه أنه تمليك مراعاً بشرط الغزو، فإن غزا؛ تبينا أنه ملكه بالقبض؛ فإنَّ قاعدة المذهب أن الهبة لا تقبل التعليق، وكذلك عقود المعاوضات، وإن فضل معه من الكسوة؛ فهو كالفرس، وإن فضل من النفقة؛ ففيه روايتان:

إحداهما: يملكها أيضاً، نقلها علي بن سعيد.

والثانية: يرد الفاضل في الغزو؛ إلا أن يؤذن له في الاستعانة به في غزوة أخرى، نقلها حنبل.

والفرق بين النفقة وغيرها: أن الدابة قد صرفت في سبيل الله واستعملت فيه، وكذلك الكسوة؛ فحصل المقصود بها، بخلاف ما فضل من النفقة، فأما إن أخذ من الزكاة، ثم فضلت فضلة؛ فقال الخرقي[1] والأكثرون: لا تسترد، وحكى صاحب «المحرر»[2] وغيره وجهين، وقد قدمنا الفرق بين مال الزكاة وغيره، ونص أحمد في رواية المروذي على أن الدابة تكون له ولا يلزم مثله في النفقة؛ لما قدمنا.

---

(١) «المغني» (٢/ ٢٨٢).

(٢) «المحرر» (١/ ٢٢٣).

القاعدة الثالثة والسبعون

اشتراط نفع أحد المتعاقدين في العقد.

على ضربين:

أحدهما: أن يكون استئجاراً له مقابلاً بعوض؛ فيصح على ظاهر المذهب؛ كاشتراط المشتري على البائع خياطة الثوب أو قصارته أو حمل الحطب ونحوه، ولذلك يزداد به الثمن.

والثاني: أن يكون إلزاماً له لما لا يلزمه بالعقد، بحيث يجعل له ذلك من مقتضى العقد ولوازمه مطلقاً، ولا يقابل بعوض؛ فلا يصح، وله أمثلة:

منها: اشتراط مشتري الزرع القائم في الأرض حصاده على البائع؛ فلا يصح، ويفسد به العقد، ذكره الخرقي[1]؛ لأن حصاد الزرع قد يتوهم أنه من تمام التسليم الواجب على البائع، كما ذكره بعض الفقهاء، وحكى ابن أبي موسى في فساده به وجهين.

ومنها: اشتراط أحد المتعاقدين في المساقاة أو المزارعة على الآخر ما لا يلزمه بمقتضى العقد؛ فلا يصح، وفي فساد العقد به خلاف، ويتخرج صحة هذه الشروط أيضاً من الشروط في النكاح وغيرها، وهو ظاهر كلام أكثر المتأخرين، ولذلك استشكلوا مسألة الخرقي في حصاد الزرع.

ومنها: شرط إيفاء المسلم فيه في غير مكان العقد، وحكى في صحته روايتان فالمنصوص عن أحمد فساده في رواية مهنا، وأومأ إليه في «رواية ابن منصور»[2] وقال ابن منصور: «ليس في حديث النبي ﷺ تسمية المكان»[3]، يشير بذلك إلى أن السلم يشترط فيه أن يذكر في العقد أوصاف المسلم فيه؛ فقدره وزمان محله كما دل عليه الحديث، وليس فيه ذكر مكان إيفائه؛ فاشتراط ذكر مكانه يوهم أن ذلك من جنس ذكر زمانه، وأنه مستحق بنفس العقد، بخلاف غيره من البيوع التي لا يذكر في عقودها شيء من ذلك.

---

(١) «المغني» (٤/ ٧٩).

(٢) مسائل أحمد برواية ابن منصور (٣٧٣).

(٣) اي في حديث: «قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في التمر السنتين والثلاث فقال رسول الله ﷺ: من أسلف؛ فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم» رواه البخاري (٢٢٤٠،٢٢٤١)، ومسلم (١٦٠٤).

القاعدة الرابعة والسبعون

فيمن يستحق العوض عن عمله بغير شرط.

وهو نوعان:

أحدهما: أن يعمل العمل ودلالة حاله تقتضي المطالب بالعوض.

والثاني: أن يعمل عملاً فيه غناء عن المسلمين وقيام بمصالحهم العامة، أو فيه استنقا لمال معصوم من الهلكة.

أما الأول؛ فيندرج تحته صور كثيرة؛ كالملاح والمكاري والحجام والقصار والخياط والدلال ونحوهم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل، فإذا عمل؛ استحق أجرة المثل؛ وإن لم يُسَمَّى له شيء، نص عليه.

وأما الثاني؛ فيدخل تحته صور:

منها: من قتل مشركاً في حال الحرب مغرراً بنفسه في قتله؛ فإنه يستحق سلبه بالشرع لا بالشرط في أصح الروايتين.

ومنها: العامل على الصدقات؛ فإنه يستحق أجرة عمله بالشرع، قال أحمد في «رواية صالح»[1]: العاملين عليها الذين جعل الله لهم الثمن في كتابة السلطان، وقال في «رواية حنبل»: يكون لهم الذي يراه الإمام، وظاهر هذا أنه يجب ذلك له بالشرع، ويجوز له أخذه مع الغنى، بخلاف ولي اليتيم على المشهور؛ لأن العامل يعطيه الإمام ما وجب له بالشرع؛ إما مقدراً أو غير مقدر، والولي يأخذ بنفسه وقد أمره الله بالاستعفاف مع الغنى.

وأيضاً؛ فأموال الزكاة حق لغير معيّن، بخلاف مال اليتيم.

وأيضاً؛ فمال الزكاة يستحقه مع الغنى جماعة؛ فالعامل الذي حصّل الزكاة وجباها أولى،

---

(١) مسائل الإمام أحمد لابنه صالح (١/ ١٤٤-١٤٥).

وأيضاً؛ فالعامل هو الذي جمع المال وحصّله، بخلاف ولي اليتيم.

وذكر القاضي في «الأحكام السلطانية»[١]: أن قياس المذهب أن العامل لا يستحق إذا لم يشرط له جعل؛ إلا أن يكون معروفاً بأخذ الأجرة على عمله.

والأول أصح؛ لأن حقه ثابت بالنص؛ فهو كجعل رد الإباق، وأولى؛ لورود القرآن به.

ومنها: من رد آبقاً على مولاه؛ فإنه يستحق على رده جعلاً بالشرع، سواء شرطه أو لم يشرطه على ظاهر المذهب، وفيه أحاديث مرسلة وآثار[٢]، والمعنى فيه الحث على حفظه على سيده وصيانة العبد عما يخاف من لحاقه بدار الحرب والسعي في الأرض بالفساد، ولهذا المعنى اختص الوجوب برد الآبق دون غيره من الحيوان والمتاع، وسواء كان معروفاً برد الإباق أو لم يكن إلا السلطان؛ فإنه لا شيء له، نص عليه في رواية حرب لانتصابه للمصالح، وله حق في بيت المال على ذلك، وكذلك لم يكن له الأكل من مال اليتيم كما سبق.

ومنها: من أنقذ مال غيره من التلف كمن خلص عبد غيره من فلاة مهلكة أو متاعه من موضع يكون هلاكه فيه محققاً أو قريباً منه؛ كالبحر وفم السبع؛ فنص أحمد على وجوب الأجرة له في المتاع، وذكره القاضي وابن عقيل وصاحب «المغني»[٣] في العبد أيضاً، وحكى القاضي فيه احتمالاً بعدم الوجوب كاللقطة، وأورد في «المجرد» عن نص أحمد فيمن خلص من فم السبع شاة أو خروفاً أو غيرهما؛ فهو لمالكه الأول، ولا شيء للمخلص، والصحيح الأول؛ لأن هذا يخشى هلاكه وتلفه على مالكه، بخلاف اللقطة.

---

(١) «الأحكام السلطانية» (ص١١٦).

(٢) ورد في ذلك عدّة أحاديث نذكر منها:

أخرج ابن أبي شيبة (٢٩١١٧): «مازلنا نسمع أن النبي ﷺ قضى في العبد الآبق يوجد خارجاً من الحرم ديناراً أو عشرة دراهم».

وقد ورد عن ابن عمر لكن المرسل هو الأصح ولا يثبت في جعل الآبق شيء، كذا قال البيهقي في «المعرفة» (٩/ ٨٨).

ولا يصح مرفوعاً بل هو ثابت عن التابعين.

(٣) «المغني» (٦/ ٣٣).

وكذلك لو انكسرت السفينة، فخلص قوم الأموال من البحر؛ فإنه تجب لهم الأجرة على الملاك، ذكره في «المغني»[1]؛ لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الأموال من التهلكة، فإن الغواص إذا علم أنه يستحق الأجرة غرر بنفسه وبادر إلى التخليص، بخلاف ما إذا علم أنه لا شيء له؛ فهو في معنى رد الآبق.

وفي «مسودة شرح الهداية» لأبي البركات: وعندي أن كلام أحمد على ظاهره في وجوب الأجرة في تخليص المتاع من المهالك دون الآدمي؛ لأن الآدمي أهل في الجملة لحفظ نفسه. انتهى.

وفيه نظر؛ فقد يكون صغيراً أو عاجزاً وتخليصه أهم وأولى من المتاع، وليس في كلام أحمد تفرقة.

فأما من عمل في مال غيره على غير ما ذكرنا؛ فالمعروف من المذهب أنه لا أجرة له.

ونقل أبو جعفر الجَرْجَرَائيُّ[2] عن أحمدَ في رجل عمل في قناة رجل بغير إذنه؛ قال: لهذا الذي عمل نفقته إذا عمل ما يكون منفعة لصاحب القناة، وهذه تتخرج على أصلين:

أحدهما: أن الغاصب يكون شريكاً بآثار عمله.

والثاني: أنه يجبر على أخذ قيمة آثار عمله من المالك ليتملكها عليه.

وخرج القاضي في «خلافه» بأن يكون شريكاً بآثار عمله إذا زادت به القيمة، وذكر نص أحمد في العمل في القناة من رواية حرب وابن هانئ، وتبعه على ذلك جماعة من الأصحاب، وحمل ابن عقيل في «مفرداته» هذه المنصوص على أن العامل هنا في القناة كان شريكاً فيها، وليس في النصوص شيء يشعر بذلك.

ومن الأصحاب من أقر النصوص على ظاهرها، وجعل هذا الحكم مطرداً في كل من عمل عملاً لغيره فيه مصلحة له وهو محتاج إليه؛ كحصاد زرعه والاستخراج من معدنه ونحو ذلك؛ تخريجاً من العمل في القناة، ومنهم الحارثي، وكأنهم جعلوه بمنزلة تصرف للفضولي؛ فللمالك

---

(١) «المغني» (٦/ ٣٤).

(٢) في المطبوع (الجرجاني) ومرّ أن كلا اللفظين ورد في كتب التراجم.

حينئذ أن يمضيه ويرد عوضه، وهو أجرة المثل، وله أن لا يمضيه فيكون العامل شريكاً بالعمل، وقد قال القاضي في «بعض تعاليقه» وقرأته بخطه في الأجير إذا عمل في العين المستأجرة عليها دون ما شرط، على أن المالك مخير إن شاء رد عمله وأخذ الأجرة وصار الأجير شريكاً بعمله، وإن شاء قَبِل العمل ورجع على الأجير بالأرش.

وذكر أحمد في رواية الميموني بالرجوع بالأرش، ثم حمله على أنه كان قد رضي بالعمل.

وقال القاضي في «خلافه»: قياس المذهب إذا لم يأت الحائك بالثوب على الصفة المشروطة: إن شاء ضمنه قيمة الغزل ولا أجرة له، وإن شاء ضمنه قيمته منسوجاً وعليه الأجرة، وتكون الأجرة ها هنا ما زاد على قيمة الغزل.

ثم ذكر «رواية الميموني» هذه وقال: هي محمولة على أن صاحب الثوب اختار تقويمه معمولاً، والتزم قيمة الصّنعة التي هي دون التي وافقه عليها، وهذا الذي قاله بعيد جداً أن يضمن المالك الصانع قيمة الثوب مع بقائه، ولا يصح حمل كلام أحمد على ما قاله؛ لأن أحمد قال: ينظر ما بينهما فيرجع به على الصانع، وهذا تصريح بالرجوع عليه بالأرش خاصة.

وأيضاً؛ فلو غصب غزلاً ونسجه؛ لم يملك المالك إلزامه به ومطالبته بالقيمة؛ فكيف يملك مطالبة الأجير بذلك؟!

وذكر ابن عقيل في هذه المسألة أن المالك يملك استرجاع الأجرة المسماة ودفع أجرة المثل، ثم ذكر احتمالاً بالرجوع بالأرش؛ كما هو المنصوص، والله أعلم.

ومتى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف المشرف عليه؛ كان جائزاً؛ كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته، صرح به صاحب «المغني»[1]، ويفيد هذا أنه لا يضمن ما نقص بذبحه.

---

(١) «المغني» (٦/ ٢٨).

القاعدة الخامسة والأربعون[1]

(١) قال السعدي عن هذه القاعدة: (الشركاء في الأملاك يشتركون في زيادتها ونقصانها، ويشتركون في التعمير اللازم. وتقسَّط عليهم المصاريف بحسب ملكهم ومع الجهل بمقدار ما لكل منهم يتساوون) ا.هـ

قال ابن عثيمين: (قوله: «ويشتركون في التعمير اللازم» لا في التعمير الكامل، التعمير اللازم الذي يكون سببه دمار المشترك، وأما إدخال التحسينات عليه فإنهم لا يشتركون إلا إذا رضوا جميعاً. وربما يذكر لهذا أمثلة) ا.هـ

قال السعدي: (ويدخل في هذا شيء كثير. فإذا احتاجت الدار المشتركة إلى تعمير وامتنع أحد الشركاء أُلزم بذلك، مع أنه كان وحده لم يجبر، لأن الشيء إذا تعلق به حق الغير، وجب فيه ما لا يجب في الشيء الذي ليس لأحد فيه شيء) ا.هـ

قال ابن عثيمين: (الدار حصل فيها خلل لو كانت له وحده فالأمر إليه إن شاء عمرها وإن شاء تركها، لكن إذا كانت مشتركة وطلب أحد الشركاء تعميرها أُلزم الباقون بذلك) ا.هـ

قال السعدي: (وكذلك عليهم أن يقوموا بمؤنة المماليك من البهائم، والآدميين، ونفقاتهم على قدر أملاكهم) ا.هـ

قال ابن عثيمين: (صاحب الثلث كم له من النفقة؟ الثلثان. صاحب الربع؟ الربع، وهلم جرًا) ا.هـ

قال السعدي: (وكذلك لو احتاج النهر، أو البئر، أو الأرض إلى تعمير عمروها جميعاً على قدر ملكهم، ولا فرق بين الأملاك الحرة والأوقاف. وكذلك يلزم الجار مباناة جاره إذا اشتركا في الحاجة، ويلزم الأعلى منهم سترة تمنعه من مشارفة جاره الأسفل؛ لأن الضرر مدفوع شرعاً) ا.هـ

قال ابن عثيمين: (معنى «مباناة الجار» معناها: أنه يتحمل من نفقة بناء الجدار ما يتحمله الآخر، فإذا كان داران بينهما جدار لابد أن يكون بينهما جدار، فقال أحدهما: الجدار عليك. وقال الثاني: بل عليك. فما الواجب؟ الواجب أن بناء الجدار على نفقتهما جميعاً لأن هذا مشترك، لكن لو بنى أحدهما أولاً والثاني لم يبن إلا متأخراً فهل يلزم الثاني بالمباناة أو لا يلزم؟ الظاهر أنه لا يلزم لأن الأول بناه لنفسه، وربما يدل عليه ظاهر حديث أبي هريرة ﷺ: «لا يمنعن جار جاره أن يغرس خشبه في جداره -أو: خشبة في جداره» متفق عليه. قال أبوهريرة وكان أميراً على المدينة: مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم.

يعني إن لم تضعوا الخشب على الجدار وضعتها بين أكتافكم. وهذه من المبالغة في التحفيز والتهذيب، نعم لو علمنا أن هذا الجار تأخر عن البناء من أجل أن يقيم جاره الجدار الذي بينهما فحينئذ تلزمه بدفع المباناة. يعني قيمة الجدار) ا.هـ

قال السعدي: (وكذلك إذا زادت الأملاك المشتركة بذاتها، أو أوصافها، أو نمائها المتصل، أو المنفصل أو مَكسبها، أو نقصت. فالشركاء مشتركون في الزيادة والنقص) ا.هـ

قال ابن عثيمين: (إذا زادت الأملاك المشتركة بذاتها كان بينهما شاة مشتركة فولدت أو كانت بينهما نخل فأصرمت، فالزيادة مشتركة. أو أوصافها بأن كان بينهما عبد أميّ ثم تعلم الكتابة والقراءة فيزيد. أو نمائها المتصل كالسمن، أو المنفصل كالولد واللبن. أو المكسب كعبد بينهم يكتسب إما بعمله وإما بتجارته فالزيادة بينهم، كما أن النقص عليهم جميعاً) ا.هـ

قال السعدي: (ومن ذلك المحجور عليه لحق الغرماء إذا لم تف موجوداته بحقوقهم وزعت عليهم على قدر ديونهم) ا.هـ

قال ابن عثيمين: (جهة التوزيع على قدر الديون أن تنصب الموجود للديون فما كان فلكل واحد منهم بقسطه من الدين. فإذا قدرنا أن عليه عشرة آلاف لواحد خمسة ولواحد ثلاثة ولواحد اثنان ولم نجد إلا خمسة آلاف، نسبة الخمسة إلى العشرة النصف. فأعط كل واحد منهما نصف دينه. فمثلاً الذي له خمسة آلاف يعطي ألفين وخمسمائة. والذي له ثلاثة يعطى ألف وخمسمائة. والذي له اثنان يعطى ألفاً. هذا كيفية التوزيع على الغرماء. أن تنصب

=

فيمن يرجع بما أنفق على مال غيره بغير إذنه.

وهو نوعان:

أحدهما: من أدى واجباً عن غيره.

والثاني: من أنفق على ما تعلق به حقه من مال غيره.

فأما النوع الأول؛ فيندرج تحته صور:

منها: إذا قضى عنه ديناً واجباً بغير إذنه؛ فإنه يرجع به عليه في أصح الروايتين، وهي المذهب عند الخرقي[1] وأبي بكر والقاضي والأكثرين، واشترط القاضي أن ينوي الرجوع ويشهد على نيته عند الأداء، فلو نوى التبرع أو أطلق النية؛ فلا رجوع له، واشترط أيضاً أن يكون المدين ممتنعاً من الأداء، وهو يرجع إلى أن لا رجوع إلا عند تعذر إذنه، وخالف في ذلك صاحبا «المغني»[2] و«المحرر»[3]، وهو ظاهر إطلاق القاضي. في «المجرد» والأكثرين.

وهذا في ديون الآدميين، فأما ديون الله عز وجل؛ كالزكاة والكفارة؛ فلا يرجع بها من أداها عمن هي عليه، وعلل القاضي ذلك بأن أداءها بدون إذن من هي عليه لا يصح؛ لتوقفها على نيته، ويلزم على هذا لو حج رجل عن ميت بدون إذن وليه وقلنا يصح، أو أعتق عنه في نذر، أو أطعم عنه في كفارة وقلنا يصح: أن له الرجوع بما أنفق؛ لسقوط اعتبار الإذن هنا، ويكون كأداء أحد الخليطين الزكاة من ماله عن الجميع.

الموجود إلى الديون وتعطي كل واحد من دينه بمثل تلك النسبة) ا.هـ

قال السعدي: (وكذلك العول في الفرائض تنقص به الفروض كلها كل بحسبه. والرد تزيد به الفروض كلها. وإذا علم مقدار ما لكل من المشتركين فذاك وإلا فإنه يحكم بينهم بالتساوي. والله أعلم) ا.هـ

قال ابن عثيمين: (إذا علم مقدار ما لكل من المشتركين مثل أن يعلم أن هذا له النصف وهذا له الثلث وهذا له السدس فالأمر واضح. وإن جهل فالأصل التساوي بينهم، الرد والعول لن نتكلم عليه لأنه يحتاج إلى بسط وسيشوش عليكم) ا.هـ

(١) «المغني» (٤/ ٣٥٣).

(٢) «المغني» (٦/ ٣٥٣-٣٥٤).

(٣) «المحرر» (١/ ٣٤٠).

ومنها: لو اشترى أسيراً حراً مسلماً من أهل دار الحرب، ثم أطلقه وأخرجه إلى دار الإسلام؛ فله الرجوع عليه بما اشتراه به، سواء أذن له أو لم يأذن؛ لأن الأسير يجب عليه افتداء نفسه ليتخلص من الأسر، فإذا فداه غيره؛ فقد أدى عنه واجباً رجع به عليه، وأكثر الأصحاب لم يحكوا في الرجوع ها هنا خلافاً.

وحكى القاضي في «كتاب الروايتين»[١] فيه رواية أخرى: يتوقف الرجوع على الإذن، وهل يعتبر للرجوع ها هنا نية، أم يكفي إطلاق النية؟

على وجهين:

أحدهما: تعتبر نية الرجوع لقضاء الديون، وهو ظاهر كلام القاضي.

والثاني: يرجع ما لم ينو التبرع، وبه جزم في «المحرر»[٢]؛ للأثر المروي عن عمر ﷺ[٣]، ولأن افتكاك الأسرى مطلوب شرعاً؛ فيرغب فيه بتوسعه طرق الرجوع لئلا تقل الرغبة فيه.

ومنها: نفقة الرقيق والزوجات والأقارب والبهائم إذا امتنع من تجب عليه النفقة، فأنفق عليهم غيره بنية الرجوع؛ فله الرجوع كقضاء الديون، ذكره القاضي في «خلافه» وابن عقيل في «مفرداته».

ومنها: لو أنفق على عبده الآبق في حال رده إليه؛ فإنه يرجع بما أنفق، نص عليه، وجزم به الأكثرون من غير خلاف؛ فإنه يستحق جعلاً على الرد عوضاً عن بذله منافعه؛ فلأن يجب له العوض عما بذله من المال في رده أولى، واشترط أبو الخطاب وصاحب «المحرر»[٤] العجز عن استئذان المالك، وضعفه صاحب «المغني»[٥]، ولا يتوقف الرجوع على تسليمه، فلو أبق منه قبل ذلك؛ فله الرجوع بما أنفق عليه، نص عليه أحمد في «رواية عبد الله»، وصرح به الأصحاب.

وكذلك من أنفق على ما يلزمه ردّه؛ كحكم العبد المنقطع بمهلكة، وحكى أبو بكر وابن أبي موسى في الرجوع بنفقته روايتين، ولو أراد استخدامه بدل النفقة؛ ففي جوازه روايتان حكاهما

---

(١) «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (٢/ ٣٧٥-٣٧٦).

(٢) «المحرر» (٢/ ١٧٤).

(٣) أثر عمر أخرجه سعيد بن منصور (رقم ٢٨٠٣).

(٤) «المحرر» (١/ ٣٣٦).

(٥) «المغني» (٦/ ٢٢-٢٣).

أبو الفتح الحلواني في «الكفاية»؛ كالعبد المرهون.

ومنها: نفقة اللقطة حيواناً كانت أو غيره مما يحتاج في حفظه إلى مؤونة وإصلاح، فإن كانت بإذن حاكم رجع بها؛ لأن إذنه قائم مقام إذن الغائب، وإن لم يكن بإذنه؛ ففيه الروايتان، ومنهم من رجح ها هنا عدم الرجوع؛ لأن حفظها لم يكن متعيناً، بل كان مخيراً بينه وبين بيعها وحفظ ثمنها، وذكر ابن أبي موسى أن الملتقط إذا أنفق غير متطوع بالنفقة؛ فله الرجوع بها، وإن كان محتسباً؛ ففي الرجوع روايتان.

ومنها: نفقة اللقيط، خرجها بعض الأصحاب على الروايتين، ومنهم من قال: يرجع ها هنا قولاً واحداً، وإليه ميل صاحب «المغني»[1]؛ لأن له ولاية على الملتقط، ونص أحمد أنه يرجع بما أنفقه على بيت المال.

ومنها: الحيوان المودع إذا أنفق عليه المستودع ناوياً للرجوع، فإن تعذر استئذان مالكه؛ رجع، وإن لم يتعذر؛ فطريقتان:

إحداهما: أنه على الروايتين في قضاء الدين وأولى؛ لأنَّ للحيوان حرمةً في نفسه توجب تقديمه على قضاء الديون أحياناً، وهي طريقة صاحب «المغني»[2].

والثانية: لا يرجع قولاً واحداً، وهي طريقة «المحرر»[3] متابعةً لأبي الخطاب، لكن من اعتبر الرجوع في قضاء الدين بعذر الإذن؛ فها هنا أولى، وأما من لم يعتبر ذلك في الدين واعتبره ها هنا، فرَّق بأن قضاء الدين فيه إبراء لذمته وتخليص له من الغريم، وها هنا اشتغال لذمته بدين لم تكن مشتغلة به، وهو ضعيف، وينتقض بنفقة الأقارب كما تقدم، فإن المطالبة هنا متوجهة من الحاكم بإلزامه؛ فقد خلصه من ذلك وعجل براءته منه، وقضاء الدين لم تبرأ به ذمته بالكلية، بل هي مشغولة بدين المؤدي.

وعنه أيضاً؛ فإن الإذن في الإنفاق على الحيوان المؤتمن عليه عرفي؛ فيتنزل منزلة اللفظي.

---

(١) «المغني» (٦/ ٣٧-٣٨).

(٢) «المغني» (٦/ ٣٠٩).

(٣) «المحرر» (١/ ٢٣٦)

ومنها: نفقة طائر غيره إذا عشش في داره، قال أحمد في «رواية المروذي» في طيرة أفرخت عند قوم من الجيران: فالفراخ تتبع الأم، يردون على أصحابها، فإن كان قد أعلف الفراخ مدة مقامها في يده متطوعاً؛ لم يرجع، وإن لم يتطوع يحتسب بالنفقة؛ أخذ من صاحبها ما أنفق، ولم يفرق بين إمكان الاستئذان وعدمه.

وخرّج القاضي رواية أخرى بعدم الرجوع بكل حال من نظيرها في المرتهن وغيره.

وأما النوع الثاني، وهو ما يرجع فيه بالإنفاق على مال غيره لتعلق حقه به؛ فله صور:

منها: إنفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه، قال أحمد في «رواية ابن القاسم» في رجلين بينهما أرض أو دار أو عبد يحتاج إلى أن ينفق على ذلك فيأبى الآخر؛ قال: ينظر في ذلك، فإن كان يضر بشريكه ويمتنع مما يجب عليه؛ ألزم ذلك وحكم به عليه، ولا يضر بهذا، ينفق ويحكم به عليه.

ويتفرع على هذه المسألة فروع، من جملتها: إذا كان بينهما حائط مشترك أو سقف فانهدم، وطلب أحدهما أن يبني الآخر معه؛ فالمذهب أنه يجبر على ذلك. وفيه رواية أخرى: لا يجبر؛ فينفرد الطالب بالبناء ويمنع الشريك من الانتفاع حتى يأخذ منه ما يخص حصته من النفقة، نص عليه؛ لأن من جاز له البناء في ملك غيره لم يكن متبرعاً؛ كالوصي والحاكم في ملك اليتيم.

ومن صور النوع: إذا جنى العبد المرهون، ففداه المرتهن بغير إذن الراهن؛ قال أكثر الأصحاب؛ كالقاضي وابن عقيل وأبي الخطاب وغيرهم: إن لم يتعذر استئذانه؛ فلا رجوع، وإن تعذر؛ خرج على الخلاف في نفقة الحيوان المرهون، لأن الفداء هنا لمصلحة الرهن واستبقائه، وذلك واجب على الراهن لحق المرتهن، وقال صاحب «المحرر»[1]: لا يرجع بشيء، وأطلق؛ لأن المالك لم يجب عليه الافتداء والتسليم هاهنا، وكذلك لو سلّمه؛ لم يلزمه قيمته لتكون رهناً، وقد وافق الأصحاب على ذلك، وإنما خالف فيه ابن أبي موسى.

ومنها: مؤنة الرهن مِنْ كرى مخزنه وإصلاحه وتشميسه ونحو ذلك لا يلزم الراهن إذا قام بها المرتهن بدون إذنه مع تعذره؛ فهي جارية مجرى نفقة الحيوان المرهون على ما سيأتي، صرح

(١) «المحرر» (١/ ٣٣٧).

به الأصحاب؛ لأن ذلك مما لا بد منه لحفظ مالية الرهن، فصار واجباً على الراهن العلاقة حق المرتهن.

ومنها: لو خرجت الدار المرهونة، فعمرها المرتهن بغير إذن؛ فقال القاضي في «المجرد» وصاحب «المغني» و«المحرر»[1]: لا يرجع إلا بأعيان آلته؛ لأن عمارة الدار لا يجب على المالك، والمجزوم به في «الخلاف الكبير» للقاضي أنه يرجع؛ لأنه من مصلحة الرهن، وقال ابن عقيل: يحتمل عندي أن يرجع بما يتحفظ به أصل مالية الدار لحفظ وثيقته؛ لأنها نفقة لحفظ مالية وثيقته، وذلك عرض صحيح. انتهى.

ولو قيل: إن كانت الدار بعد ما خرب منها تحرز قيمة الدين المرهون به؛ لم يرجع لأنه لا حاجة له إلى عمارته حينئذ؛ وإن كانت دون حقه أو وفق حقه، ويخشى من تداعيها للخراب شيئاً فشيئاً حتى تنقص عن مقدار الحق؛ فله أن يعمر ويرجع لكان متوجهاً.

ومنها: عمارة المستأجر في الدار المستأجرة لا يرجع بها، نص عليه أحمد في غلق الدار إذا عمله الساكن، ويحتمل الرجوع بناءً على مثله في الرهن، ولكن حكى صاحب «التخليص»: أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح منكسر وإقامة مائل، فأما تجديد البناء والأخشاب؛ فلا يلزمه لأنه إجبار على تسليم عين لم يتناولها العقد، وللمستأجر الخيار. قال: ويحتمل أن يلزمه التجديد. انتهى.

فعلى القول الأول لا يمكن القول برجوع المستأجر بما أنفق على التجديد، وعلى الثاني يتوجه الرجوع.

فصل

وقد يجتمع النوعان في صور فيؤدي عن ملك غيره واجباً يتعلق به حقه، وفي ذلك طريقان:

أحدهما: أنه على روايتين، وهي طريقة الأكثرين.

والثاني: أنه يرجع ها هنا رواية واحدة، وهي طريقة القاضي في «خلافه».

---

(١) «المغني» (٤/ ٢٥٢)، «المحرر» (١/ ٣٣٦).

فمن ذلك: أن ينفق المرتهن على الرهن بإطعام أو كسوة إذا كان عبداً أو حيواناً؛ ففيه الطريقان، أشهرهما أنه على الروايتين، كذلك قال القاضي في «المجرد» و«الروايتين»[١] وأبو الخطاب[٢] وابن عقيل والأكثرون، والمذهب عند الأصحاب الرجوع، ونص عليه أحمد في رواية أبي الحارث، وكذلك نقل عنه ابن القاسم وابن هانئ[٣]: أنه يركب ويحلب بقدر نفقته، ولم يعتبر إذناً؛ كما دل عليه النص الصحيح.

وأيضاً؛ فالإذن في الإنفاق ها هنا عرفي، فيقوم مقام اللفظي، وبالمرتهن إليه حاجة لحفظ وثيقته؛ فصار كبناء أحد الشريكين الحائط المشترك.

ونقل عنه ابن منصور فيمن ارتهن دابة فعلفها بغير إذن صاحبها؛ فالعلف على المرتهن؛ مَنْ أمره أن يعلف؟!

وكذلك نقل عنه مهنا في كفن العبد المرهون، لكن الكفن من النوع الأول، وهذه الرواية ظاهر ما أورده ابن أبي موسى، وحمل القاضي في كتاب «الخلاف» هذا النص على أن الراهن كان حاضراً وأمكن استئذانه وعلف بدون إذنه، وقد صرح القاضي بأن الرجوع مشروط بتعذر الاستئذان، وكذلك أبو الخطاب[٤] وابن عقيل وصاحب «المحرر»[٥]، مع أنه وافق طريقة «الخلاف» في الرجوع قولاً واحداً، بخلاف ما ذكره في الضمان، وضعف صاحب «المغني»[٦] اعتبار الإذن؛ طرداً لما ذكره في الضمان.

ومنها: إذا هرب الجَمَّالُ وترك الجِمَالَ، فأنفق عليها المستأجر بدون إذن حاكم؛ ففي الرجوع روايتان، ومقتضى طريقة القاضي أنه يرجع رواية واحدة، ثم إن الأكثرين اعتبروا هنا استئذان الحاكم بخلاف ما ذكروه في الرهن واعتبروه أيضاً في المودع واللقطة، وفي «المغني»[٧]

---

(١) «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (١/ ٣٦٨).
(٢) في كتاب الهداية (١/ ١٥٢-١٥٣).
(٣) مسائل أحمد لابن هانئ (٢/ ٣٤).
(٤) «الهداية» (١/ ١٥٣).
(٥) «المحرر» (١/ ٣٣٦).
(٦) «المغني» (٤/ ٢٥٢).
(٧) «المغني» (٤/ ٢٥٢).

إشارة إلى التسوية بين الكل في عدم الاعتبار، وأن الإنفاق بدون إذنه مخرج على الخلاف في قضاء الدين، وكذلك اعتبروا الإشهاد على نية الرجوع.

وفي «المغني» وغيره وجه آخر: أنه لا يعتبر، وهو الصحيح.

ومنها: إذا هرب المساقي قبل تمام العمل استؤجر عليه من يتمه والحكم فيه كالجمال؛ إلا أن للمالك الفسخ، ولو قلنا بلزوم المساقاة؛ لتعذر استيفاء المعقود عليه.

ومنها: إذا غاب الزوج، فاستدانت الزوجة للنفقة على نفسها وأولادها الصغار نفقة المثل من غير زيادة؛ فإنها ترجع بذلك، نص عليه في رواية أبي زرعة الدمشقي[1]، ولم يعتبر إذن الحاكم، واعتبر صاحب «المحرر»[2] في لزوم نفقة الأقارب أن يستدان عليه بإذن الحاكم، مع قوله إنها لا تلزم بفرض الحاكم، وفيه نظر.

وفي «الترغيب»: ليس لغير الأب الاستقراض إلا بإذن الحاكم؛ حتى ولا للزوجة في حقها وحق ولدها الصغير، وإنما للزوجة الأخذ من مال زوجها الموسر عند الامتناع إذا قدرت عليه قدر كفايتها.

وحكى في أخذها لولدها وجهين؛ قال: وليس لها الإنفاق على الطفل من ماله لو كان له مال بدون إذن وليه؛ لانتفاء ولايتها عليه، وهذا كله مخالف لظاهر كلام أحمد المتقدم ولقواعد المذهب؛ فإن المذهب أنها تأخذ لنفسها ولولدها، ونص أحمد على أنها تقبض الزكاة لولدها الطفل، وقد سبق قول القاضي وغيره أن من أنفق على أقارب غيره الذين تلزم نفقتهم؛ فإنه يرجع بذلك عليه كما يرجع عليه بقضاء الدين الواجب عليه.

وذكر ابن أبي موسى أن الزوجة إذا استدانت على زوجها نفقة المثل مع غيبته؛ فإنها ترجع عليه، ولم يعتبر إذن حاكم، مع أنه لم يحك خلافاً في سقوط نفقة الزوجة بمضي الزمان بدون فرض الحاكم لها بناءً على أنها لا تسقط بمضي الزمان في أشهر الروايتين.

---

(١) هو عبدالرحمن بن عمرو بن عبدالله بن صفوان أبوزرعة الدمشقي المحدث (ت٢٨١هـ) له مسائل عن أحمد.

(٢) «المحرر» (٢/ ١١٥).

ومنها: إذا أعاره شيئاً ليرهنه، ثم افتكه المعير بقضاء الدين؛ فإنه يرجع ها هنا قولاً واحداً على ظاهر كلام القاضي.

ومنها: لو قضى أحد الورثة الدَّيْنَ عن الميت ليزول تعلقه بالتركة؛ فإنه يرجع أيضاً، ولم يذكر القاضي فيه خلافاً، وهذه المسألة والتي قبلها قد لا يطرد فيهما الخلاف؛ لأن الإنفاق ها هنا لاستصلاح ملك المنفق؛ فهو كإنفاق الشريك على عمارة الحائط يرجع به بغير خلاف، وإنما الخلاف إذا كان الإنفاق لاستصلاح ما تعلق به حق المنفق؛ إلا أن الأصحاب صرحوا باطراد الخلاف في صورة المساقاة مع تعلق الاستصلاح فيها بعين مال المنفق.

القاعدة السادسة والسبعون

الشريكان في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين إلى دفع مضرة أو إبقاء منفعة؛ أجبر أحدهما على موافقة الآخر في الصحيح من المذهب.

وفي رواية أخرى: إن أمكن أحدهما أن يستقل بدفع الضرر فعله، ولم يجبر الآخر معه، لكن إن أراد الآخر الانتفاع بما فعله شريكه؛ فله منعه حتى يعطيه حصة ملكه من النفقة، وإن احتاجا إلى تجديد منفعة؛ فلا إجبار، ويندرج تحت ذلك صور:

منها: إذا انهدم الحائط المشترك؛ فالمذهب إجبار الممتنع منهما بالبناء مع الآخر، نص عليه في رواية جماعة، فإن الإجبار هنا من جنس المعاوضة، والمعاوضة في الأموال المشتركة واجبة لدفع الضرر بالانتزاع بالشفعة وبيع ما لا يمكن قسمته، والمعنى فيه أن المالك يستحق الانتفاع بملكه ويجب على شريكه تمكينه منه، فإذا دار الأمر بين تعطيل الحق بالكلية وبين المعاوضة عليه؛ فالمعاوضة عليه أولى؛ لأنه يرجع فيها إلى الانتفاع بالبدل، بخلاف التعطيل.

وأما الرواية الثانية بعدم الإجبار؛ فهي مأخوذة من نص أحمد على عدم الإجبار في بناء حيطان السفل إذا كان العلو لآخر وانهدم الكل: أنه لا يجبر صاحب العلو على البناء مع صاحب السفل في السفل، والفرق واضح؛ لأن السفل ملكه مختص بصاحبه، بخلاف الحائط المشترك، ولذلك عقد الخلال لكل واحد منهما باباً، وذكر النص بالإجبار في الحائط والنص بانتفائه في الصورة الأخرى، وعلى تقدير ثبوت هذه الرواية في الحائط؛ فللشريك الاستبداد ببنائه من ماله بغير إذن حاكم، وصرح به القاضي في «خلافه»، واعتبر في «المجرد» استئذان الحاكم، ونص أحمد على أنه يشهد على ذلك، ولو منع الشريك الآخر من الانتفاع بما كان له عليه من الحقوق إن أعاده بآلة جديدة من ماله، وإن أعاده بآلته الأولى؛ ففيه وجهان:

أحدهما: ليس له المنع؛ لأنه عين ملكهما المشترك، وهو قول القاضي في «المجرد» وابن عقيل والأكثرين.

والثاني: له المنع حتى يأخذ نصف قيمة التالف؛ لأنه متقوم حيث وقع مأذوناً فيه شرعاً، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى والقاضي في «خلافه»، وجزم به صاحب «المحرر»[1] وحكاه صاحب «التلخيص» عن بعض متأخري الأصحاب، وإذا أعاده بآلة جديدة واتفقا على دفع القيمة؛ جاز، لكن هل المدفوع نصف قيمة البناء، أو نصف ما أنفق عليه؟

ذكر القاضي في «خلافه» فيه روايتين مأخذهما: هل ذلك من باب الرجوع بما أنفق على ملكه بإذن معتبر، أو هو معاوضة عن ملك الثاني كضمان سراية العتق والاستيلاد؟

وإن امتنع الثاني من القبول، وطلب رفع البناء من أصله ليعيداه من مالهما؛ فقد يتخرج على هذا البناء، فإن قلنا: هو رجوع بما أنفق على ملكه؛ لم يكن له الامتناع، وإن قلنا: هو معاوضة؛ فله ذلك.

وفي «المجرد» و «الفصول»: البناء على الإجبار ابتداءً وعدمه، فإن قلنا: يجبر؛ أجبر هنا على التبقية، وإلا؛ فلا، وقد يقال: هو معاوضة، سواء كان بالقيمة أو بالنفقة، كما أن زرع الغاصب يعاوض عنه بالقيمة على رواية، وبالنفقة على أخرى، والإجبار على المعاوضات لإزالة الضرر غير مستبعد، فإن قيل: فعندكم لا يجوز للجار منع جاره من الانتفاع بوضع خشبة على جداره؛ فكيف منعتم ها هنا؟ قلنا: إنما منعنا من عود الحق القديم المتضمن ملك الانتفاع قهراً، سواء كان محتاجاً إليه أو لم يكن، وأما التمكين من الوضع للارتفاق؛ فتلك مسألة أخرى، وأكثر الأصحاب يشترطون فيها الحاجة.

والتزم ابن عقيل في «المفردات» تخريج رواية -من هذه المسألة- منع الجار من وضع الخشب مطلقاً، ثم اعتذر بأن حق الوضع هنا سقط عقوبة لامتناعه من النفقة الواجبة، وحمل حديث الزبير وشريكه في شِراج الحرَّة[2] على مثل ذلك.

ومنها: إذا انهدم السقف الذي بين سفل أحدهما وعلو الآخر؛ فذكر الأصحاب في الإجبار

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٤٣).

(٢) حديث الزبير رواه البخاري (٢٣٥٩، ٢٣٦٠)، ومسلم (٢٣٥٧).

الروايتين، والمنصوص ها هنا أنه إن انكسر خشبه؛ فبناؤه بينهما لأن المنفعة لهما جميعاً، وظاهره الإجبار، وإن انهدم السقف والحيطان، لم يجبر صاحب العلو على بناء الحيطان؛ لأنها خاص ملك صاحب السفل، ولكنه يجبر على أن يبني معه السقف، فإن لم يفعل؛ أشهد عليه ومنعه من الانتفاع به حتى يعطيه حقه، ويجبر صاحب السفل على بنائه؛ لأنه سترة له. نقل ذلك عنه أبو طالب.

ونقل عنه ابن الحكم: أن صاحب السفل لا يجبر على البناء لأجل صاحب العلو، لكن صاحب العلو له أن يبني الحيطان ويسقف عليها ويمنع صاحب السفل من الانتفاع به حتى يعطيه حقه ما بني به السفل، ويكون لهما جميعاً. وهذا يحتمل أنه أراد أن يعطيه ما بنى به الحيطان؛ فيصير البيت لهما؛ كما كان لأحدهما سفله وللآخر علوه، وهو ظاهر كلامه.

ويحتمل أنه يعطيه نصف قيمة بناء السفل، وتكون الحيطان مشتركة بينهما، ولذلك حكى الأصحاب روايتين في مشاركة صاحب العلو لصاحب السفل في بناء الحيطان؛ حتى أخذ القاضي منها رواية بعدم الإجبار في الحائط المشترك، وهو بعيد؛ لأن هذا المعنى لو كان صحيحاً؛ لكان الاشتراك حادثاً بعد البناء، فلا يلحق به الملك المشترك قبل البناء.

وحكى القاضي في «خلافه» في إجبار صاحب السفل على بناء حائطه لحق صاحب العلو ثلاث روايات:

إحداها: إجباره منفرداً بنفقته، وأخذها من رواية أبي طالب، وفيه نظر؛ لأن أحمد علل بأنه سترة له؛ فعلم أن إجباره لحق جاره لا لحق صاحب العلو، لكن يقال: إن تضرر صاحب العلو بترك بناء السفل أشد من تضرر الجار بترك السترة؛ لأن هذا يمنعه حقه بالكلية، بخلاف ترك السترة، وهذه الرواية هي المذهب عند ابن أبي موسى.

والثانية: يجبر على الإنفاق على وجه الاشتراك، نقلها يعقوب بن بختان؛ فقال: يشتركون على السفل، وهو مروي عن أبي الدرداء ﷺ.

والثالثة: لا يجبر، وهي رواية ابن الحكم.

وحكى في «المجرد» إجبار كل منهما على أن يبني مع الآخر الحيطان على روايتين، وكذا في

الإجبار على بناء السقف الذي يختص بملك صاحب العلو، وحاصل هـذا يرجع إلى أنه هل يلزم الإنسان بناء ملكه الخاص به إذا كان انتفاع غيره به مستحقاً كما يلزمه دفع الضرر عنه ببناء السترة؟ وهل يلزم الشريك في الانتفاع البناء مع المالك كالشريك في الملك؟

وعلى هذا يخرج إذا كان له على حائط جار له يحاذيه ساباط بحق، فانهدم الحائط؛ هل يجبر المالك على بنائه؟

وظاهر كلام القاضي في «خلافه» إجباره أن يبنيه منفرداً به بغير خلاف، ولعل هذا فيما إذا كان بحق معاوضة، ومثله ذكر ابن عقيل في «فنونه» في من له حق إجراء مائه على سطح غيره، فعاب السطح، ولو بجريان مائه عليه؛ لم يلزم صاحب الماء المشاركة في الإصلاح، وكذا لو كان ماء تلك الدار يجري إلى بئر بحق، فعابت البئر؛ لم يلزم صاحب الماء المشاركة في إصلاحها، يخرج ذلك كلّه على الخلاف في السفل الذي علوه لمالك آخر يتوجه ويرجع إلى أن الشركة في الانتفاع هل هي كالشركة في الملك؟

ومنها: القناة المشتركة إذا تهدمت، نص أحمد على الإجبار على العمارة كما سبق، ولم يذكر ابن أبي موسى فيه خلافاً، وإنما ذكر الروايتين في الحائط، والفرق أن الحائط يمكن قسمته، بخلاف القناة والبئر.

وطرد القاضي والأكثرون فيه الروايتين، وإذا لم نَقُلْ بالإجبار فعمَّر أحدهما؛ لم يكن له منع الآخر من الماء، ذكره القاضي في «المجرد» وابن عقيل وصاحب «التلخيص» و«المغني»[1]؛ لأن الماء باقٍ على ما كان عليه من الملك والإباحة، وإنما أزال الضرر عن طريقه، ولا يقع الاستعمال على تلك الآلات المعمور بها.

وفي «الخلاف الكبير» و «التمام» لأبي الحسين: له المنع من الانتفاع بالقناة، ويشهد له نص أحمد بالمنع من سكنى السفل إذا بناه صاحب العلو ومنع الشريك من الانتفاع بالحائط إذا أعيد بآلاته العتيقة؛ لأن ذلك كله انتفاع بما بذل فيه الشريك ماله؛ فيمنع منه بغير إذنه، ولأن إنفاقه

---

(١) «المغني» (٤/ ٣٣٢).

على نفسه وشريكه جائز؛ فيستحق الرجوع، ولا يكون متبرعاً.

ومنها: إن ما يقبل القسمة من الأعيان إذا طلب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها وعلى التزام كلفها ومؤنها لتكميل نفع الشريك، فأما ما لا يقبل القسمة؛ فإنه يجبر أحدهما على بيعه إذا طلب الآخر بيعه، نص أحمد على ذلك في «رواية الميموني»؛ قال: إذا اختلفوا في القسمة؛ فليس للمضار شيء، إذا كان يدخله نقصان ثمنه؛ بيع وأعطوا الثمن. وكذا نقل حنبل عن أحمد أنه قال: كل قسمة يكون فيها ضرر لا أرى أن يقسم، مثل عبد بين رجلين، وأرض في قسمتها ضرر، ويقال لصاحبها: إما أن تشتري وإما أن تتركه إذا كان ضرراً.

وصرح بذلك ابن أبي موسى والقاضي والحلواني والشيرازي وابن عقيل والسامري وصاحب «الترغيب»، وصرح بمثله في إجارة العين إذا لم يتفقا على المهايأة أو تشاحا، وكذلك قال القاضي في «خلافه» وأبو الخطاب في «انتصاره»، وكثير منهم صرحوا بأنه يباع عند طلب القسمة وإن لم يطلب البيع، ولهذا مأخذان:

أحدهما: أنه إذا تعذر قسمة العين عدل إلى قسمة بدلها وهو القيمة، وهذا مأخذ من قال: يباع بمجرد طلب القسمة، وهو ظاهر كلام أحمد.

والثاني: أن حق الشريك في نصف القيمة مثلاً لا في قيمة النصف، فلو باع نصيبه مفرداً؛ لنقص حقه، ويدل على أن حقه في نصف القيمة أن الشرع أمر في السراية أن يقوم العبد كله ثم يعطى الشركاء قيمة حصصهم.

وقد نص الأصحاب على أن للولي بيع التركة على الصغار والكبار إذا كان في تبعيضها ضرر واحتيج إلى البيع، وما دل عليه الكلام بعضهم من امتناع البيع على الكبار في غير هذه الصورة قد يكون بناءً على أن ضرر النقص ليس بمانع من قسمة الإجبار؛ كقول الخرقي[1]، وإنما المانع منها أن لا ينتفع بالمقسوم؛ فحينئذ يكون عدم الإجبار على البيع في حالة نقص القيمة مبنيّاً على أن القسمة ممكنة، ومع الإجبار عليها لا يقع الإجبار على البيع.

---

(١) «المغني» (٤/١٦٨).

ثم وجدت في «مسائل ابن منصور»[١] عن أحمد في عبد بين رجلين أراد أحدهما أن يبيع وأبى الآخر؛ قال أحمد: يبيع كل واحد منهما حصته، وهذا يدل على أنه لا إجبار على البيع مع الشريك، وهذا كله في الملك المشاع المشترك، فأما المتميز كمن في أرضه غرس لغيره أو في ثوبه صبغ لغيره إذا طلب أحدهما أن يبيع الآخر معه؛ ففي إجباره وجهان، أوردهما صاحب «المحرر»[٢] في غراس المستعير؛ لأنه يستدام في الأرض؛ فلا يتخلص أحدهما من صاحبه بدون البيع، بخلاف غرس الغاصب؛ فإنه يتخلص منه بالقلع.

وأما الصبغ؛ ففي «المغني»[٣] وغيره في صبغ الغاصب إن طلب مالك الثوب أن يبيع معه لزمه، وفي العكس وجهان، وجزم القاضي في «خلافه» بالإجبار على البيع بطلب الغاصب.

وأما صبغ المشتري إذا أفلس وأخذ البائع ثوبه وطلب أحدهما البيع؛ أجبر الآخر عليه، وهذا لأن الصبغ يستدام في الثوب؛ فلا يتخلص من الشركة فيه بدون البيع، وإنما فرقنا بين طلب الغاصب وغيره على وجه؛ لئلا يتسلط الغاصب بعدوانه على إخراج ملك غيره عنه قهراً.

ومنها: قسمة المنافع بالمهايأة؛ هل تجب الإجابة إليها أم لا؟

المشهور عدم الوجوب، ولم يذكر القاضي وأصحابه في المذهب سواه، وفرقوا بين المهايأة والقسمة بأن القسمة إفراز أحد الملكين من الآخر، والمهايأة معاوضة حيث كانت استيفاء للمنفعة بمثلها في زمن آخر، وفيها تأخير أحدهما عن استيفاء حقه؛ فلا يلزم، بخلاف قسمة الأعيان.

ونص أحمد في رواية صالح وحنبل وأبي طالب في العبد المشترك إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه أو كاتبه؛ فإنه يكون يوماً لنفسه ويوماً لسيده الباقي، وتأوله القاضي على التراضي، وهو بعيد.

وحكى أبو بكر في «التنبيه» فيه روايتين:

---

(١) مسائل الإمام أحمد لابن منصور (ص٣٦٣).

(٢) «المحرر» (١/ ٣٦٠).

(٣) «المغني» (٥/ ١٤١).

إحداهما: يكون يوماً لنفسه ويوماً لسيده.

والأخرى: أن كسبه بينهما، وهذا يدل على وقوع المهايأة حكماً من غير طلب.

وفي المسألة وجه آخر: أنه تجب المهايأة بالمكان دون الزمان؛ لانتفاء تأخر استيفاء أحدهما لحقه في المهايأة بالأمكنة؛ فهو كقسمة الأعيان، واختاره صاحب «المحرر»[1].

وعلى القول بانتفاء الوجوب مطلقاً؛ فيجوز بالتراضي، وهل تقع لازمة إذا كانت مدتها معلومة أو جائزة؟

على وجهين، والمجزوم في «الترغيب» الجواز، واختار صاحب «المحرر»[2] اللزوم.

وعلى القول بالجواز لو رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته؛ فله ذلك، وإن رجع بعد الاستيفاء؛ غرم ما انفرد به؛ ولو استوفى أحدهما نوبته، وقال الشيخ تقي الدين[3]: لا ينفسخ حتى ينقضي الدور ويستوفي كل واحد منهما حقه منه. ويمكن أن يؤخذ ذلك من مسألة القسم، وهي أن من له زوجتان، فقسم لإحداهما ثم أراد أن يطلق الأخرى؛ لم يجز له حتى يوفيها حقها من القسم لئلا يفوت حقها بالطلاق، ولا يقال: هذه القسمة لازمة، بخلاف المهايأة؛ لأنها إنما لزمت لأجل المساواة بين الزوجتين ولهذا قال القاضي ومن اتبعه: إن قسم الابتداء ليس بواجب، ولو استوفى أحدهما نوبته ثم تلفت المنافع في مدة الآخر قبل تمكنه من القبض؛ فأفتى الشيخ تقي الدين رحمه الله[4] بأنه يرجع على الأول ببدل حصته من تلك المدة التي استوفاها ما لم يكن قد رضي بمنفعة الزمن المتأخر على أي حال جعلاً للتالف قبل القبض كالتالف في الإجارة. قال: وسواء قلنا: القسمة إفراز أو بيع؛ فإن المعادلة معتبرة فيها على القولين، ولهذا ثبت فيها خيار العيب والتدليس. انتهى.

وهذا على القول بالجواز ظاهر، ولكن الشيخ رجح اللزوم؛ فيتخرج في الرجوع حينئذ

---

(١) «المحرر» (٢/ ٩).

(٢) «المحرر» (١/ ٣٤٨).

(٣) «الاختيارات» (٣٥٠).

(٤) «الاختيارات» (٣٥٠).

وجهان بناءً على الروايتين فيما إذا تقاسم الشريكان الدين في ذمم الغرماء، ثم تلف أحدهما قبل القبض؛ هل يستحق صاحبه الرجوع على الآخر فيما قبضه أم لا؟

على روايتين، نقلهما معاً ابن منصور في «مسائله»[1] عن أحمد، ورواية الرجوع حملها الأصحاب على أن القسمة لم تصح، لكن المراد بقولهم لم تصح أنها غير لازمة لا لأن القبض بها محرم باطل، ولهذا قالوا: لو قبض شيئاً بإذن شريكه؛ لانفرد به على الصحيح؛ فتكون حينئذ شبيهة بالمهايأة.

ومنها: الزرع والشجر المشترك إذا طلب أحد الشريكين سقيه وهو محتاج إلى ذلك؛ أجبر الآخر عليه، ذكره القاضي وحكاه عن أبي بكر فيما إذا أوصى لأحدهما بزرع وللآخر بتبنه، وأخذه من مسألة الجدار، وهو أولى بالوجوب؛ لأن السقي من باب حفظ الأصل وإبقائه؛ فهو كدعامة السقف إذا انكسر بعض خشبه والحائط المائل، وذلك أولى بالوجوب من بناء الساقط؛ لأن إعادة الحائط بعد زواله شبيه بإحداث المنفعة، لكن لما كان رداً له إلى ما كان عليه؛ ألحق باستيفاء المنفعة، وألحق الشيخ تقي الدين[2] بهذا كل ما فيه حفظ الأصل إذا احتيج إليه؛ مثل الحارث والناظر والدليل على الطريق والرشوة التي يحتاج إليها لدفع الظلم عن المال.

وذكر القاضي أيضاً فيمن اشترى شجراً وعليه ثمر للبائع: أن أحدهما إذا طلب السقي لحاجة ملكه إليه؛ أجبر الآخر على التمكين لدخوله على ذلك، وتكون الأجرة على الطالب لاختصاصه بالطلب دون صاحبه، وهذا يشمل ما إذا كان نفع السقي راجعاً إليهما، وعلل ذلك في «المغني» بأن السقي لحاجته، وظاهره اختصاصه بحالة عدم حاجة الآخر؛ فإن النفع إذا كان لهما؛ كانت المؤنة عليهما كبناء الجدار، وإن عطش الأصل وخيف عليه الضرر بترك الثمر عليه؛ ففي الإجبار على القطع والتبقية وجهان، ذكرهما في «المغني»[3]، وعلل الإجبار بأن الضرر لاحق بالثمر لا محالة مع القطع والتبقية، والأصل ينحفظ بالقطع؛ فمراعاته أولى.

---

(١) مسائل الإمام أحمد لابن منصور (٤٠٥).

(٢) «الاختيارات» (ص٣٥٠).

(٣) «المغني» (٤/ ٦٦).

وذكر القاضي وابن عقيل فيما لو وصى بثمر شجر لرجل وبرقبته لآخر: أنه لا يجبر أحدهما على السقي؛ لأن أحدهما لم يدخل على حفظ مال الآخر، بخلاف الثمر المشترى في رؤوس النخل، وهذا في سقي أحدهما بخالص حق الآخر، بخلاف ما سبق في الوصية بالزرع والتبن.

القاعدة السابعة والسبعون

من اتصل بملكه ملك غيره متميزا عنه وهو تابع له، ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه، وفي إبقائه على الشركة ضرر، ولم يفصله مالكه؛ فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكه، ويجبر المالك على القبول، وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل؛ فالمشهور أنه ليس له تملكه قهرا لزوال ضرره بالفصل.

ويتخرّج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

منها: غراس المستأجر وبناؤه بعد انقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك؛ فللمؤجر تملكه بالقيمة لأنه لا يملك قلعه بدون ضمان نقصه، وفيه ضرر عليه، ذكر ذلك القاضي وابن عقيل والأكثرون، ولم يشترط أبو الخطاب أن لا يقلعه المالك؛ فلعله جعل الخيرة لمالك الأرض دون مالك الغراس والبناء.

ومنها: غراس المستعير وبناؤه إذا رجع المعير أو انقضت مدة الإعارة، وقلنا: يلزم بالتوقيت؛ فالمنصوص عن أحمد أنه يتملك بالقيمة، نقله عنه مهنا وابن منصور[1]، وكذلك نقل عنه جعفر بن محمد، لكن قال في روايته: يتملك بالنّفقة ولمالكه القلع ابتداءً بغير خلاف، ولا يجبر عليه إذا كان فيه ضرر، وإن لم يكن فيه ضرر؛ فتردد فيه كلام الأصحاب، وظاهر كلام أحمد أنه لا يقلع بدون شرط.

ومنها: غراس المشتري في الأرض المشفوعة وبناؤه حيث يتصور وصورته فيما إذا قاسمه الشقص المشفوع لإظهاره له زيادة في الثمن ونحو ذلك إذا انتزع الشفيع؛ فإنه يأخذه مع الأرض بقيمته، نص عليه، ولمالكه أن يقلعه أيضاً، ولا يجبر عليه إلا أن يضمن له النقص.

ومنها: غراس المفلس وبناؤه إذا رجع بائع الأرض فيها؛ فللمفلس والغرماء القلع، فإن أبَوْهُ وطلب البائع التملك بالقيمة ملكه، وكذلك إذا طلب القلع مضموناً.

ومنها: إذا أصدقها أرضاً، فغرست فيها أو بنت، ثم طلقها قبل الدخول، فطلب الرجوع في

---

(١) مسائل أحمد لابن منصور (ص٤٩٨).

نصفها وبذل نصف قيمة الغراس والبناء؛ قال الخرقي: يجبر على القبول، وقال القاضي: يسقط حقه إلى القيمة؛ فليست المسألة على قوله مما نحن فيه.

فإن قيل: هذه المسألة والتي قبلها يتملك فيهما الغراس والبناء مع الأرض؛ فلا يكون من صور مسائل القاعدة.

قيل: بل هما منها؛ فإن الشفيع إنما استحق انتزاع بناء المشتري وغراسه لأنه أحدثه في حال تعلق حقه به؛ فكأنه قد أحدثه في ملكه، وكذلك الزوجة؛ لأنها قبل الدخول لم يستقر لها الملك على النصف لتعرضه لعوده إلى الزوج باختياره تارة وبغيره أخرى، وفي انتقال ملك النصف إليها خلاف مشهور؛ فكذلك استحق الزوج تملكه.

ومنها: القابض بعقدٍ فاسد من المالك إذا غرس وبنى؛ فللمالك تملكه بالقيمة؛ كغراس المستعير، ولا يقلع إلا مضموناً لاستناده إلى الإذن، ذكره القاضي وابن عقيل.

ومنها: غرس المشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالحال، والمنصوص عن أحمد أنه يتملك بالقيمة ولا يقلع مجاناً، نقله عنه حرب ويعقوب بن بختان في رجل باع أرضاً من رجل فعمل فيها وغرس ثم استحقها آخر، قال: يرد عليه قيمة الغراس أو نفقته، ليس هذا مثل من غرس في أرض غيره.

وكذلك نقل محمد بن أبي حرب الجَرْجَرَائِي[1] عن أحمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها وعمل ثم استحقها آخر: أنه يرد عليه قيمة الغراس يوم يستحق، ليس هذا مثل الغرس في أرض غيره فيقلع غرسه.

وحمل القاضي هذه النصوص على أن له القيمة على من غره؛ كما في المغرور بنكاح أمة؛ قال: فأما المستحق للأرض؛ فلا ضمان عليه لأنه لم يحصل منه إذن في ذلك.

وهذا مخالف لمدلول هذه النصوص على ما لا يخفى، وكونه لم يحصل منه إذن لا ينفي كون الغراس محترماً، كما نقول فيمن حمل السيل إلى أرضه نوىً، فنبت شجراً: إنه كغراس المستعير

---

(١) في المطبوع (الجرجاني) وسبق أن ذكرت أن كلاهما ورد في كتب التراجم.

على أصح الوجهين، لا يقلع مجاناً؛ لعدم التعدي في غرسه، وهو اختياره (أعني: القاضي)، وأقرها القاضي في موضع آخر من «خلافه» رواية، وكذلك صاحب «المحرر»[١].

ولكن الذي ذكره ابن أبي موسى والقاضي في «المجرد» وتبعه عليه المتأخرون: أن للمالك قلعه مجاناً، ويرجع المشتري بالنقص على من غره.

والصحيح الأول، ولا يثبت عن أحمد سواه، وهو قول الليث ومالك وأبي عبيد، وبه قضى عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما[٢]؛ لكن عمر بن الخطاب خير صاحب الأرض بين أن يعطي الغارس قيمة غرسه وبين أن يدفع الغارس إليه قيمة أرضه، وكذلك قضى عمر بن عبد العزيز؛ لكنه إنما قضى بدفع قيمة الأرض إلى المالك عند عجزه عن دفع قيمة الغراس.

وقد ذكر هذه الآثار أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب «الأموال» والخلال في (كتاب القرعة) من «الجامع»[٣].

ومنها: غراس الغاصب وبناؤه، والمشهور عن أحمد أن للمالك قلعه مجاناً، وعليه الأصحاب، وعنه رواية ثانية: لا يقلع، بل يتملك بالقيمة أيضاً، وممن حكاها القاضي وابن عقيل في «كتاب الروايتين»[٤] لهما، وخرجاها في «خلافيهما» من (مسألة الصبغ)، ونص عليها أحمد في «رواية بكر بن محمد عن أبيه» فيمن غصب أرضاً أو داراً وبنى فيها؛ قال: يعجبني أن يغرم البناء ويعطي؛ لأنه إن أخذ الغاصب بناءه؛ تضررت الأرض في الخراب والهدم، ويكون أيضاً ذهاب مال الغاصب في الآجر والجص وكل شيء.

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٦٠).

(٢) أما عن عمر بن الخطاب فرواه أبوعبيد في الأموال (٣٦٧) ومن طريقه حميد بن زنجويه (٢/ ٦٤٦).
وأما عن عمر بن عبدالعزيز فرواه أبوعبيد في الأموال (٣٦٦) ومن طريقه حميد بن زنجويه في «الأموال» (٢/ ٣٤٦).

(٣) كتاب «الخلال» طبع جزء منه وهو القسم المسمى «أهل الملل الردّة والزنادقة وتارك الصلاة والفرائض».
وطبع قسم آخر باسم «أحكام أهل الملل»، وطبع قسم آخر باسم «الوقوف والترجل» أما هذا القسم (القرعة) فهو من القسم المفقود.

(٤) «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» للقاضي أبي يعلى (١/ ٤١٨-٤٢٠).

وفي «مسائل ابن هانئ»[1] عن أحمد في رجل اكترى أرضاً يغرس فيها أشجاراً واشترط عليه رب الأرض أن لا يغرس فيها غيره فغرس فيها شجراً (يعني: غير ما اشترطه)، وأثمر الشجر، وأراد أن يقلع الغرس؛ قال: لا يقلع الشجر من الأرض يضر بهما جميعاً.

وعلى هذه الرواية؛ فلا يقلع إلا مضموناً؛ كغرس المستعير كذلك، حكاها القاضي وابن عقيل؛ فلذلك يملكه بالقيمة حيث لم يمكن القلع بدون ضرر.

ومنها: إذا بنى الوارث في الأرض الموصى بها؛ قال ابن أبي موسى: إن كان غير عالم بالوصية؛ فهو محترم يتملك بقيمته غير مقلوع وجهاً واحداً، وإن كان عالماً بالوصية؛ فكذلك، ويتوجه أن يُقْلَع بناؤه.

ولم يفرق بين ما قبل القبول وبعده؛ فإن ظاهر كلامه أن الوصية تملك بالموت من غير قبول، فإنه ذكر أن من وصَّى لمن لا يعرف؛ حملت وصيته إلى الحاكم ليفرقها في أبواب البر، ونص أحمد على ذلك أيضاً، ولكن ما ذكره من أن الوارث إذا بنى وهو عالم بالوصية أن بناءه لا يقلع يَشْكُل على ذلك؛ لأنه يكون كبناء الغاصب، وأما غير العالم؛ فبناؤه كبناء المشتري من الغاصب على ما سبق، والمنصوص عن أحمد في «رواية ابن منصور»: أن البناء للورثة ولم يتعرض لتملكه عليهم ولا لقلعه، وظاهره أنه محترم، وذلك يرجع إلى أن الموصى له يملكه من حين القبول، أما إن قيل: يملكه بالموت أو يتبين بقبوله ملكه بالموت؛ فالبناء في الأرض مع العلم بالحال تفريط وعدوان.

ومنها: من كان في أرضه نخلة لغيره، فلحق صاحب الأرض ضرر بدخوله؛ قال أحمد في «رواية حنبل»، ذكر له الحديث الذي ورد في ذلك، وأن النبي ﷺ أمر صاحبها أن يبيع فأبى، فأمره أن يناقل، فأبى، فأمره أن يهب، فأبى؛ فقال النبي ﷺ: «أنت مضار، اذهب فاقلع نخله»[2].

قال أحمد: كلما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك، فإن أجاب، وإلا؛ جبره السلطان، ولا يضر بأخيه إذا كان ذلك فيه رفق له.

---

(١) مسائل أحمد لابن هانئ (٢/ ٢٥).

(٢) الحديث أخرجه أبوداود (٣٦٣٦)، والبيهقي (٦/ ١٥٧)، وسندها ضعيف.

والحديث المشار إليه أخرجه أبو داود في «السنن»، وأورده الخلال في «الجامع» من وجه آخر، ولا يقال: لم يأمره بضمان النقص؛ فيكون كغرس الغاصب؛ فكيف يتملك لأنا قد قدمنا الخلاف في غرس الغاصب.

وأيضاً؛ فالأمر بالقلع هنا إنما كان عند الإصرار على المضارة والامتناع من قبول ما يدفع ضرر المالك، ولهذا قال أصحابنا في المستعير إذا امتنع المعير من الضمان مطلقاً، فطلب قيمة الغراس والبناء؛ أجيب إلى ذلك، وإن طلب القلع وضمان النقص؛ لم يجب.

-ومن ذلك: إذا اشترى حيواناً يؤكل واستثنى رأسه أو أطرافه؛ فإنه يصح، وإذا امتنع المشتري من الذبح؛ لم يجبر، وكان له قيمة المستثنى، نص عليه، ومن ذلك من ملك ثوباً فصبغه ثم زال عنه ملكه بفسخ؛ هل يملك من عاد إليه الملك تملُّك الصبغ بالقيمة أم لا؟

قال الأصحاب في بايع المفلس إذا رجع إليه الثوب وفيه صبغ: إن له تملكه بالقيمة؛ لأنه معد للبيع، ولا بد؛ فيكون البائع أولى به لاتصاله بملكه، وأما إن رجع إليه بفسخ لعيب؛ فالمشهور أنه لا يملك تملكه قهراً.

وخرج ابن عقيل وجهاً آخر: أنه يتملكه بالقيمة من مسألة الخرقي في الصداق، حيث قال: له تملك الصبغ بقيمته، ونقل حنبل عن أحمد: أن المشتري يرد المعيب على البائع ويأخذ منه قيمة الصبغ، وهذا يشعر بإجبار البائع على دفع قيمته.

وأما الغاصب إذا صبغ الثوب؛ فهل للمالك تملك الصبغ بقيمته قهراً أم لا؟

فيه وجهان، واختيار القاضي وابن عقيل عدمه، وصحح بعض الأصحاب خلافه؛ لأن المشهور أنه لا يملك قلعه، ويملكه على وجه مضموناً، بخلاف البناء والغراس؛ فلا يتخلص من الضرر بدون ملكه.

فأما الآثار التي يقع بها الشركة؛ كضرب الحديد مسامير ونجر الخشب أبواباً؛ فإن كان ذلك من الغاصب؛ فنص أحمد في «رواية ابن الحكم» على أن المالك يدفع إليه قيمة الزيادة، ويتملكه عليه، وكذلك قال ابن أبي موسى والشيرازي، لكنهما جعلا المردود نفقة العمل دون القيمة.

القاعدة الثامنة والسبعون

من أدخل النقص على ملك غيره؛ لاستصلاح ملكه وتخليصه من ملك غيره، فإن لم يكن ممن دخل النقص عليه تفريط باشتغال ملكه بملك غيره؛ فالضمان على من أدخل النقص، وإن كان منه تفريط، فلا ضمان على من أدخل النقص، وكذا إن وجد ممن دخل النقص عليه إذن في تفريغ ملكه من ملك غيره؛ حيث لا يجبر الآخر على التفريغ، وإن وجد منه إذن في إشغال ملكه بمال غيره، حيث لا يجبر الآخر على التفريغ؛ فوجهان.

ويتفرّع على ذلك مسائل كثيرة:

منها: لو باع داراً فيها ناقة لم تخرج من الباب إلا بهدمه؛ فإنه يهدم، ويضمن المشتري النقص.

ومنها: لو اشترى أرضاً فيها زرع للبائع، فحصده، فإن لم يبق له عروق أو كانت لا تضر؛ فليس عليه نقلها، وإن كانت تضر عروقه بالأرض؛ كالقطن والذرة؛ فعليه النقل وتسوية الحفر، ذكره القاضي وابن عقيل.

ومنها: لو دخل حيوانُ غيرِهِ دارَهُ وتعذّر إخراجه بدون هدم بعضها، أو أدخلت بهيمة غيره رأسها في قدره، أو وقع دينار غيره في محبرته وتعذر إخراجه بدون الكسر؛ ولم يكن ذلك بتفريط أحد، فهدمت الدار وكسرت القدر أو المحبرة؛ فالضمان على صاحب الحيوان والدينار.

منها: لو حمل السيل إلى أرضه غرس غيره، فنبت فيها، فقلعه مالكه؛ فعليه تسوية حفره.

ومنها: لو اشترى أرضاً فغرسها، ثم أفلس ورجع فيها البائع، واختار المفلس والغرماء القلع؛ فعليهم تسوية الحفر وضمان أرش النقص؛ لأنه نقص حصل بفعلهم في ملك البائع لتخليص ملكهم منه.

ومنها: لو غصب فصيلاً وأدخله داره، وكبر وتعذر إخراجه بدون هدمها؛ فإنها تهدم من غير ضمان لتفريطه، وكذلك إذا غصب غراساً وغرسه في أرضه؛ فإنه يقلع ولا يضمن حفره.

ومنها: لو غصب ثوباً فصبغه، ثم طلب قلع صبغه، وقلنا يملكه؛ فعليه ضمان نقص الثوب

بذلك، كما لو غرس الأرض التي غصبها ثم قلع غرسه.

ومنها: لو أعاره أرضاً للغرس ثم أخذ غرسه منها، فإن كان قد شرط عليه القلع؛ فلا يلزمه ضمان النقص بذلك ولا تسوية الحفر؛ لأن المالك رضي بذلك باشتراطه له، وإن لم يشترط القلع؛ فوجهان:

أحدهما: لا يلزمه أيضاً، قاله القاضي وابن عقيل؛ لأن الإعارة مع العلم بجواز القلع رضاء بما ينشأ عنه من الحفر.

والثاني: يلزمه ذلك، وبه جزم صاحب «الكافي»[1]؛ لأنه قلع باختياره، حيث لا يجبر عليه؛ فقد أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ماله.

وعلى هذا، فلو طلب منه المالك القلع وبذل له أرش النقص؛ فينبغي أن لا يلزمه التسوية؛ لأن القلع بأمر المالك مع أن كلام ابن عقيل وغيره يشعر بخلاف ذلك، فأما الإعارة للزرع إذا كانت عروقه النامية تضر بالأرض؛ فقد يقال: لا يجب؛ لأن الإذن فيه مع العلم بأنه لا يبقى رضا بما ينشأ من قلعه المعتاد.

ومنها: إذا أجره أرضاً للغراس وانقضت المدة؛ فإن كان القلع مشروطاً عند انقضائها؛ فلا ضمان، وإن لم يكن مشروطاً؛ ففيه الوجهان أيضاً.

ولم يحك صاحب «الكافي»[2] في الضمان خلافاً، وكذلك هو ظاهر كلام القاضي في «المجرد»، وعلل بأنه قلع غرسه من أرض غيره التي لا يدله عليها بغير أمره، وجزم صاحب «التلخيص» بعدم الضمان، ولم يذكر فيه خلافاً، وعلل بأن المالك دخل على ذلك.

ومنها: إذا غرس المشتري في الأرض ثم انتزعها الشفيع، فقلع المشتري غرسه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: عليه تسوية الحفر وضمان النقص، وهو ظاهر كلام الخرقي[3]؛ لأنه فعله في ملك

---

(١) «الكافي» (٢/ ٣٨٤).
(٢) «الكافي» (٢/ ٣٨٤).
(٣) «المغني» (٥/ ١٢٨).

غيره لتخليص ملكه.

والثاني: لا يلزمه ذلك، ذكره القاضي، وبه جزم في «الكافي»[1] معللاً بانتفاء عدوانه مع أنه جزم في باب العارية بخلافه، والقاضي إنما علل بأنه نزع ملك نفسه من ملك نفسه، وهذا إنما يكون إذا قلع قبل تملك الشفيع لا بعده.

---

(١) «الكافي» (٢/ ٣٨٤).

القاعدة التاسعة والسبعون

الزرع النابت في أرض لغير بغير إذن صحيح أقسام.

القسم الأول: أن يزرع عدواناً محضاً غير مستند إلى إذن بالكلية، وهو زرع الغاصب؛ فالمذهب أن المالك إن أدركه نباتاً في الأرض؛ له تملكه بنفقته أو بقيمته على اختلاف الروايتين، وإن أدركه قد حصد؛ فلا حق له فيه، ونقل حرب عن أحمد أن له تملكه أيضاً.

ووهم أبو حفص العكبري ناقلها، على أن من الأصحاب من رجحها بناءً على أن الزرع نبت على ملك مالك الأرض ابتداءً، والمعروف في المذهب خلافه.

والمعتمد عند الأصحاب في المسألة هو حديث رافع بن خديج[1]، وقد احتج به أحمد تارة، وقال تارة: ما أراه محفوظاً، وذكر فيه حديثاً آخر مرسلاً من مراسيل الحسن بن محمد بن الحنفية، وقال: هو شيء لا يوافق القياس، وفرق بين زرع الغاصب وغرسه؛ حيث يقلع غرسه كما دل عليه قوله: «ليس لعرق ظالم حق»[2] بأن الزرع يتلف بالقلع؛ فقلعه فساد، بخلاف الغرس.

ومن الأصحاب من قرر موافقته للقياس بأن المتولد بين أبوين مملوكين من الآدميين يكون ملكاً لمالك الأم دون مالك الأب بالاتفاق، مع كونه مخلوقاً من مائهما، وبطون الأمهات بمنزلة الأرض، وماء الفحول بمنزلة البذر، ولهذا سمى النساء حرثاً، ولعن النبي ﷺ من سقى ماءه زرع غيره[3]؛ فجعل الولد زرعاً، وهو لمالك أمه، وسر ذلك أن الحيوان ينعقد من الماءين، ثم يغتذي من دم المرأة؛ فأكثر أجزائه مخلوقة من الأم، كذلك البذر؛ ينحل في الأرض، وينعقد

---

(١) الحديث أخرجه أبوداود (٣٤٠٢)، والطحاوي في مشكل الآثار (٧/ ١٠٠)، والطبراني في الكبير (٤/ ٢٨٦)، والحاكم (٢/ ٤١)، والبيهقي (٦/ ١٣٢،١٣٦) والحديث ضعيف.

(٢) الحديث أخرجه عن سعيد بن زيد عن أبي داود (٣٠٧٣)، والترمذي (١٣٧٨)، والبزار في المسند (١٢٥٦)، وابويعلى (٩٥٧)، والبيهقي (٦/ ٩٩،١٤٢)، وفيه ضعف.
وله شواهد كثيرة يتقوى بها كما قال ابن حجر في الفتح (٥/ ١٩).

(٣) أما اللعن فقد ورد في حديث في مسلم، ولكن ليس بهذا اللفظ ولكن بلفظ آخر أما لفظ المؤلف فهي رواية رافع بن خديج والتي مرّ الحديث عنها.

الزرع من التربة والحبة، ثم يغتذي من الأرض ومائها وهوائها؛ فتصير أكثر أجزائه من الأرض، وإنما خير مالك الأرض بين تملكه وبين أخذ الأجرة؛ لأنه قابل لاستيفائه بعقد الإجارة، بخلاف الإيلاد، وجبرُ حقِّ صاحب البذر بإعطائه قيمة بذره ونفقة عمله حيث كان متقوماً بخلاف ما يخلق منه الولد؛ فإنه لا قيمة له، فلذلك لم يجب لأحد الأبوين شيء، وهذا مطرد في جمع المتولدات بين شيئين؛ في الحيوان والنبات والمعدن؛ حتى لو ألقى رجل في أرض رجل شيئاً مما ينبت المعادن؛ لكان الخارج منه لرب الأرض كالنتاج والزرع، وهذه الطريقة سلكها القاضي في «خلافه» وابن عقيل والشيخ تقي الدين[1]، وهذا ملخص من كلامه.

القسم الثاني: أن يؤذن له في زرع شيء، فيزرع ما ضرره أعظم منه؛ كمن استأجر لزرع شعير فزرع ذرة أو دخناً؛ فحكمه حكم الغاصب عند الأصحاب؛ لتعديه بزرعه، فإنه غير مستند إلى إذن، والمنصوص عن أحمد في «رواية عبد الله»: أن عليه ضمان أجرة المثل للزيادة، ولم يذكر تملكاً؛ فإن هذا الزرع بعضه مأذون فيه وهو قدر ضرر الزرع المستأجر له، والزيادة عليه غير مأذون فيها، وهي غير متميزة؛ فكيف يتملك المؤجر الزرع كله؟!

وقد ينبني ذلك على اختلاف الوجهين في قدر الواجب من الأجرة؛ هل هو الأجرة المسماة مع تفاوت ما بين الأجرتين من أجرة المثل، أم الواجب أجرة المثل للجميع حيث تمحض عدواناً؟

والمنصوص الأول، وهو قول الخرقي[2] والقاضي، والثاني اختيار ابن عقيل، وحكاه القاضي عن أبي بكر، وكلامه في «التنبيه» موافق الوجه الأول.

فعلى الوجه الأول لا يتوجه أن يتملك المؤجر الزرع كله، وعلى الثاني يتوجه ذلك؛ فكيف جزم القاضي بتملكه مع اختياره الوجه الأول في الضمان؟

ولو استأجر للزرع مدة معينة، فزرع فيها ما لا يتناهى في تلك المدة، ثم انقضت؛ فقال الأصحاب: حكمه بعد انقضاء المدة حكم زرع الغاصب للعدوان، ثم إن القاضي وابن عقيل قالا: عليه تفريغ الأرض بعد المدة، وليس بجار على قواعد المذهب، وإنما المالك مخير بين تملكه

---

(١) القواعد النورانية الفقهية (١٨٢).

(٢) «المغني» (٥/ ٢٩٠).

وتركه بالأجرة، فأما القلع؛ فلا.

القسم الثالث: أن يزرع بعقد فاسد ممن له ولاية العقد؛ كالمالك والوكيل والوصي والناظر، إما بمزارعة فاسدة أو بإجارة فاسدة؛ فقال الأصحاب: الزرع لمن زرعه، وعليه لرب الأرض أجرة مثله، وذكر القاضي في «خلافه» أن أحمد نص عليه في رواية حرب في البيع الفاسد، وإنما رواية حرب في الغرس، وذكره الخرقي[1] أيضاً في المزارعة الفاسدة؛ لأن الزرع هنا استند إلى إذن من له الإذن؛ فلا يكون عدواناً.

ويحتمل على هذا التفريق بين إذن المالك ومن يتصرف لغيره بطريق المصلحة كالوصي؛ فلا يعتبر إذنه لانتفاء المصلحة في العقد الفاسد، ويحتمل أيضاً التفريق بين عقود الملك كالبيع، وعقود التصرف بالإذن كالمزارعة؛ لأن عقود الملك وقع العقد فيها على الملك دون الإذن، ولهذا لم يصح تصرف المشتري في العقد الفاسد، بخلاف عقود التصرف؛ فإن الإذن موجود في صحيحها وفاسدها، ولذلك صححنا التصرف في فاسدها، وقد ورد في ذلك حديث مرسل من طريق الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد: أن أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ، فقال أحدهم: قبلي الأرض، وقال الآخر: قبلي الفدن، وقال الآخر: قبلي البذر، وقال الآخر: عليَّ العمل، فلما استحصد الزرع؛ تَفَاتَوا فيه إلى رسول الله ﷺ؛ فجعل الزرع لصاحب البذر، وألغى صاحب الأرض، وجعل لصاحب العمل درهماً كل يوم، وجعل لصاحب الفدان شيئاً معلوماً[2].

وقد أنكر أحمد هذا الحديث، قال في رواية ابن القاسم: لا يصح، والعمل على غيره، وقال أبو داود[3]: سمعت أحمد ذكر هذا الحديث، فقال: هو منكر؛ لأن النبي ﷺ جعل الزرع لصاحب الأرض، وفي هذا الحديث جعل الزرع لصاحب البذر. وهذا الكلام يدل على أن العمل عند

---

(١) «المغني» (٥/ ٢٤٦).

(٢) الأثر أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٥٦٣)، والدارقطني في سننه (٣/ ٧٦) وهو ضعيف في الظاهر لإرساله، وهو منكر كما قال الإمام أحمد.

(٣) مسائل أحمد لأبي داود (٢٩٤).

الإمام أحمد على أن يكون الزرع لصاحب الأرض في الإجارة الفاسدة والمزارعة الفاسدة.

وقال في «رواية إبراهيم بن الحارث»[١]: الحديث حديث أبي جعفر الخطمي -يشير إلى ما رواه أبو جعفر عن سعيد بن المسيب؛ قال-: كان ابن عمر لا يرى بها -يعني: المزارعة- بأسا؛ حتى بلغه عن رافع بن خديج حديث، فلقيه، فقال رافع: أتى النبي ﷺ بني حارثة، فرأى زرعا، فقال: «ما أحسن زرع ظهير؛ أليس أرض ظهير؟». قالوا: بلى، ولكن أزرعها. فقال النبي ﷺ: «خذوا زرعكم، وردوا عليه نفقته». أخرجه أبو داود والنسائي[٢].

ولأبي داود بمعناه من حديث عبد الرحمن بن أبي نعم عن رافع بن خديج[٣].

وللدارقطني نحوه من حديث عائشة[٤].

ولابن عدي معناه من حديث جابر، وفيهما ضعف[٥].

وكل هذه واردة في المزارعة الفاسدة لا في الغصب.

وقد رجح الإمام أحمد حديث أبي جعفر على حديث أبي إسحاق عن عطاء عن رافع بن خديج فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم، وقال: الحديث حديث أبي جعفر، وقال في «رواية أبي داود»[٦]: «أبو إسحاق زاد فيه: «زرع بغير إذنه»، وليس غيره يذكر هذا الحرف»؛ فقد بين أن التملك بالنفقة إنما يثبت عنده في المزارعة الفاسدة لا في الغصب؛ فكيف لا يكون مذهبه في المزارعة الفاسدة أن يتملك الزرع فيها مع ثبوت الحديث فيها بخصوصيتها دون الغصب، لا سيما وقد أنكر حديث جعل الزرع لرب البذر، وصرح بأن العمل على غيره؟!

---

(١) هو إبراهيم بن الحارث بن مصعب العبادي له مسائل عن أحمد قدر أربعة أجزاء.

(٢) الحديث أخرجه أبوداود (٣٣٩٩)، والنسائي (٧/ ٤٠)، والطحاوي في المشكل (٧/ ١٠٠)، والطبراني في الكبير (٤/ ٢٤٤-٢٤٥) وهذا الحديث حسنه ابن القيم في تهذيب السنن والحديث حسن بشواهده بإذن الله.

(٣) مر تخريجه.

(٤) الحديث أخرجه الدارقطني وسنده ضعيف جدا.

(٥) الحديث أخرجه ابن عدي في الكامل (١/ ٣٢٢) وهو ضعيف.

(٦) مسائل أحمد لأبي داود (ص٢٠٠).

وقد خرج الشيخ تقي الدين[١] وجهاً في المزارعة الفاسدة: أنها تتملك بالنفقة من زرع الغاصب، وقد رأيت أن كلام أحمد إنما يدل عليه لا على خلافه.

القسم الرابع: أن يزرع في أرض غيره بعقد ممن يظن أن له ولاية العقد، ثم يتبين بخلافه، مثل أن تتبين الأرض مستحقة للغير؛ فالمنصوص أن لمالك الأرض تملكه بالنفقة أيضاً، نقله عند الأثرم وإبراهيم بن الحارث ومُهَنَّا، وهذا متوجه على قول القاضي ومن وافقه: أن غرسه وبناءه كغرس الغاصب وبنائه.

فأما على المنصوص هناك أن بناءه وغرسه محترم؛ كغرس المستعير والمستأجر وبنائهما؛ فيتوجه على هذا أن يكون الزرع لمالكه، وعليه الأجرة، ويرجع بها على الغاصب لتغريره، وبمثل ذلك أفتى الشيخ تقي الدين؛ لكنه جعل الزرع بين المالك والزارع نصفين بناءً على أصله في إيجار الغاصب بالمال أن الربح بينه وبين المالك، وطرده أن يكون زرع الغاصب كذلك، ولكن لم نعلم به قائلاً، ثم وجدنا ابن أبي ليلى يقول بذلك في زرع الغاصب وفي أجرة ما بناه في الأرض المغصوبة وقد وافقه أحمد على أجرة البناء خاصة، ويشهد لهذا الوجه أن الزرع النابت في أرض الغير مما حمله السيل لمالكه مبقى بالأجرة لحصوله من غير عدوان ولا تفريط؛ وإن كان الإذن منتفياً، وها هنا مثله، ويحتمل أن يتملكه مالك الأرض أيضاً؛ كالمزروع بعقد فاسد على ما دل عليه كلام أحمد، وليس الامتناع من قلع الغرس مجاناً منافياً لتملك الزرع، فإن المانع من القلع إدخال الضرر على مالك الغراس بالنقص، وهو معذور؛ لغروره وقد يتعذر عليه الرجوع على الغاصب، والمقتضى لتملك الزرع هو انتفاء الإذن الصحيح، وهو موجود هنا، ولهذا يتملك غراسه؛ وإن قيل باحترامه.

القسم الخامس: أن يزرع في أرض بملكه لها أو بإذن مالكها، ثم ينتقل ملكها إلى غيره والزرع قائم فيها، وهو نوعان:

أحدهما: أن ينتقل ملك الأرض دون منفعتها المشغولة بالزرع في بقية مدته؛ فالزرع لمالكه

(١) «الاختيارات» (١٥١).

ولا أجرة عليه بسبب تجدد الملك بغير إشكال.

ويدخل تحت هذا من استأجر أرضاً من مالكها وزرعها ثم مات المؤجر وانتقلت إلى ورثته، ومن اشترى أرضاً فزرعها ثم أفلس، فإن للبائع الرجوع إلى الأرض والزرع للمفلس، ومن أصدق امرأته أرضاً فزرعتها ثم طلقها قبل الدخول والزرع قائم، وقلنا له الرجوع؛ فإن الزرع مبقى بغير أجرة إلى أوان أخذه، وكذلك حكم من زرع في أرض يملكها، ثم انتقلت إلى غيره ببيع أو غيره: يكون الزرع مبقى فيها بغير أجرة إلى أوان أخذه.

والنوع الثاني: أن تنتقل الأرض بجميع منافعها عن ملك الأوّل إلى غيره.

-ومن أمثلة ذلك: الوقف إذا زرع فيه أهل البطن الأول أو من أجروه، ثم انتقل إلى البطن الثاني والزرع قائم، فإن قيل: إن الإجارة لا تنفسخ وللبطن الثاني حصتهم من الأجرة؛ فالزرع مبقى لمالكه بالأجرة السابقة، وإن قيل بالانفساخ، وهو المذهب الصحيح؛ فهو كزرع المستأجر بعد انقضاء المدة إذا كان بقاؤه بغير تفريط من المستأجر؛ فيبقى بالأجرة إلى أوان أخذه.

وقد نص عليه أحمد في رواية مُهنّا في مسألة الإجارة المنقضية، وأفتى به في الوقف الشيخ تقي الدين[1]، وأفتى مرة أخرى بأنه يجعل مزارعة بين الزارع ورب الأرض؛ لنموه من أرض أحدهما وبذر الآخر، وكذلك أفتى في الأقطاع المزروعة إذا انتقلت إلى مقطع آخر والزرع قائم فيها.

ومنها: الشفيع إذا انتزع الأرض وفيها زرع للمشتري؛ فهو محترم، وهل يستحق أجرة المثل على المشتري؟

على وجهين:

أحدهما: لا يستحق شيئاً، وهو المذكور في «المغني»[2] و«التلخيص»، وقال أبو البركات في «تعليقه على الهداية»: هو أصح الوجهين لأصحابنا إلحاقاً له ببيع الأرض المزروعة؛ فإن الأخذ بالشفعة نوع بيع قهري.

---

(١) «الاختيارات» (١٧٨).

(٢) «المغني» (٥/ ١٩٨).

والثاني: له الأجرة من حين أخذه، ذكره أبو الخطاب في «انتصاره»، وهو أظهر؛ لأن حق الشفيع في العين والمنفعة جميعاً لوقوع العقد عليهما، وفي ترك الزرع مجاناً تفويت لحقه من المنفعة بغير عوض؛ فلا يجوز.

القسم السادس: احتمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره، فنبت فيها؛ فهل يلحق بزرع الغاصب لانتفاء الإذن من المالك فيتملكه بقيمته أو بزرع المستعير أو المستأجر بعد انقضاء المدة لانتفاء العدوان من صاحب البذر؟

على وجهين، أشهرهما أنه كزرع المستعير، وهو اختيار القاضي وابنه أبي الحسين وابن عقيل، وذكره أبو الخطاب عن أحمد؛ لكن هل يترك في الأرض مجاناً أم بأجرة؟

على وجهين:

أحدهما: يترك مجاناً، قاله القاضي وابن عقيل؛ لأنه وإن انتفى عنه إذن الملك؛ فقد انتفى عنه فعل الزارع، فيتقابلان، ولأنه حصل في الأرض بغير تفريط؛ فهو كالقائم في الأرض المبيعة.

والثاني: له الأجرة، وذكره أبو الخطاب عن أحمد؛ لأنه زرع حصل ابتداؤه في أرض الغير بغير إذنه؛ فأوجب الأجرة؛ كالمشتري من الغاصب وهو لا يعلم.

القسم السابع: من زرع في أرض غيره بإذن غير لازم؛ كالإعارة، ثم رجع المالك؛ فالزرع مبقى لمن زرعه إلى أوان حصده بغير خلاف؛ لكن هل تجب عليه الأجرة من حين الرجوع أم لا؟

على وجهين:

أشهرهما: الوجوب، وهو قول القاضي وأصحابه.

والثاني: انتفاؤه؛ لأنه دخل على الانتفاع بغير عوض، وهو اختيار صاحب «المحرر»[1] وظاهر كلام أحمد في «رواية صالح»[2] يشهد له.

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٦٠).

(٢) مسائل أحمد برواية صالح (٣/ ١٨٩).

القسم الثامن: من زرع في ملكه الذي منع من التصرف فيه لحق غيره؛ كالراهن والمؤجر، وكان ذلك يضر بالمستأجر وبالمرتهن لتنقيصه قيمة الأرض عند حلول الدين؛ فهو كزرع الغاصب، وكذلك غراسه وبناؤه؛ فيقلع الجميع، ذكره القاضي في «خلافه»، وإنما قلع الزرع هنا؛ لأن مالك الأرض هنا هو الزارع، والمتعلق حقه بها لا يمكنه تملكه لعدم ملكه، فيتعين القلع، وفيه نظر.

أما في الرهن؛ فيمكن أن يقال: إن نقص الأرض ينجبر برهنية الزرع؛ فإنه من جملة نماء الأرض؛ فيدخل في الرهن؛ فلا يجوز قلعه كذلك مع ما فيه من إتلاف مال الراهن.

وقد صرح القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول» بأن الغراس الحادث في الأرض المرهونة يكون رهناً بنفسه أو بفعل الراهن؛ لأنه من نمائها، والزرع مثله، ولو قيل: إنه لا يدخل في الرهن؛ فيجوز أن يؤخذ من الراهن أجرة مثله أو ما نقص من قيمة الأرض بسببه، ويجعل رهناً.

وقد وقع في كلام أحمد في «رواية ابن منصور»[1] وفي كلام ابن أبي موسى ما يدل على جواز انتفاع الراهن بالرهن بإذن المرتهن، وتؤخذ منه الأجرة وتجعل رهناً، وهذا في معناه.

وأما المستأجر ولا سيما إن كان استأجر للزرع؛ فيجوز أن يقال له: تَمَلَّك الزرع بنفقته؛ إذ هو مالك المنفعة، كما قد يقال مثله في الزرع في أرض الوقف: إن الموقوف عليه يتملكه بالنفقة لملكه منفعة الأرض، ويحتمل تخريج ذلك على الوجهين في تملك الموقوف عليه للشفعة بشركة الوقف على طريقة من علل ثبوت الشفعة بكونه مالكاً وانتفاءها بقصور ملكه؛ فكذلك ها هنا، وكذا القول في تملكه للغراس والبناء، وعلى هذا يتخرج ما لو غصب الأرض الموصى بمنافعها أو المستأجرة وزرع فيها؛ فهل يتملك الزرع مالك الرقبة أو مالك المنفعة؟

(١) مسائل أحمد لابن منصور (٥٠٧).

القاعدة الثمانون

ما يتكرر حمله من أصول البقول والخضراوات؛ هل هو ملحق بالزرع أو بالشجر؟

فيه وجهان: وينبني على ذلك مسائل:

منها: هل يجوز بيع هذه الأصول مفردة أم لا؟

إن ألحقناها بالشجر لتكرر حملها؛ جاز، وبه صرح القاضي وابن عقيل في موضع، وفرقا في موضع آخر بين ما يتباقى منها سنين كالقطن الحجازي، فيجوز بيع أصوله، وما لا يتباقى إلا سنة أو نحوها؛ فلا يجوز بيعه إلا بشرط القطع؛ إلا أن يباع مع الأرض كالزرع.

ورجح صاحب «التلخيص» أن المقاثي ونحوها لا يجوز بيعها إلا بشرط القطع؛ فإنها مع أصولها معرضة للآفات كالزرع، وهو مقتضى كلام الخرقي[1] وابن أبي موسى.

ومنها: إذا باعه الأرض وفيها هذه الأصول، فإن قلنا: هي كالشجر؛ انبنى على أن الشجر؛ هل يدخل في بيع الأرض مع الإطلاق أم لا؟ وفيه وجهان، وإن قلنا: هي كالزرع؛ لم تدخل في البيع وجهاً واحداً.

وللأصحاب في المسألة أيضاً طريقتان:

إحداهما: أن حكمها حكم الشجر في تبعية الأرض، وهي طريقة ابن عقيل وصاحب «المحرر»[2].

والثانية: أنها تتبع الأرض وجهاً واحداً، بخلاف الشجر؛ لأن تبقيتها في الأرض معتاد ولا يقصد نقلها وتحويلها؛ فهي كالمنبوذات، وهي طريقة أبي الخطاب وصاحب «المغني»[3].

وعلى ما قررناه أولاً يخرج فيها طريقة ثالثة: أنها لا تتبع وجهاً واحداً؛ كالزرع.

---

(١) «المغني» (٤/ ٧٢).

(٢) «المحرر» (١/ ٣١٧).

(٣) «المغني» (٤/ ٦٨).

ومنها: إذا غصب أرض، فزرع فيها ما يتكرر حمله، فإن قيل: هو كالشجر؛ فللمالك قلعة مجاناً، وإن قيل: هو كالزرع؛ فللمالك تملكه بالقيمة.

وفي المسألة وجهان مذكوران في «المغني»[1].

ومنها: لو اشترى لقطة ظاهرة من هذه الأصول، فتلفت بجائحة قبل القطع، فإن قيل: حكمها حكم ثمر الشجر؛ تلفت من ضمان البائع، وإن قيل: هي كالزرع؛ خرجت على الوجهين في إجاحة الزروع.

ومنها: لو ساقى على هذه الأصول، فإن قيل: هي كالشجر؛ صحت المساقاة، وإن قيل: هي كالزرع؛ فهي مزارعة.

(١) «المغني» (٥/١٤٨).

القاعدة الحادية والثمانون

النماء المتصل في الأعيان المملوكة العائدة إلى من انتقل الملك عنه بالفسوخ.

تتبع الأعيان على ظاهر المذهب عند أصحابنا، والمنصوص عن أحمد أنه لا يتبع، وهو الذي ذكره الشيرازي في «المبهج»، ولم يحك فيه خلافاً، وهو اختيار ابن عقيل، صرح به في (كتاب الصداق) والشيخ تقي الدين[١]، ويتبع الأصل في التوثقة والضمان على المشهور، ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: المردود بالعيب إذا كان قد زاد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صناعة؛ فالمشهور عند الأصحاب أن الزيادة للبائع تبعاً لأصلها، ولا يستحق المشتري عليه شيئاً.

وصَرَّحَ ابن عقيل بأن الزيادة للمشتري، وكذلك قال الشيرازي، وزاد أنه يرجع على البائع بقيمة النماء، وهو كذلك، ذكره الشيخ تقي الدين[٢]، وأخذه من عموم كلام أحمد في رواية أبي طالب: إذا اشترى غنماً فنمت ثم استحقت؛ فالنماء له، قال: وهذا يعم المنفصل والمتصل.

قلت: نص أحمد على الرجوع بقيمة النماء المتصل صريحاً كما قال الشيرازي في «رواية ابن منصور»[٣] فيمن اشترى سلعة فنمت عنده وكان بها داء؛ فإن شاء المشتري حبسها ورجع بقدر الداء، وإن شاء ردها ورجع عليه بقدر النماء، وتأولها القاضي على أن النماء المنفصل يرده معها، وهو ظاهر الفساد؛ لأن الضمير في قوله: (رجع) يعود إلى المشتري، وفي قوله: (عليه) يعود إلى البائع، وإنما يرجع المشتري على البائع بقيمة النماء المتصل.

ووجه الإجبار هنا على دفع القيمة: أن البائع قد أجبر على أخذ سلعته ورد ثمنها؛ فكذلك نماؤها المتصل بها يتبعها في حكمها؛ وإن لم يقع عليه العقد، والمردود بالإقالة والخيار يتوجه فيه مثل ذلك؛ إلا أن يقال: الفسخ للخيار رفع للعقد من أصله، بخلاف العيب والإقالة، وقد

---

(١) «الاختيارات» (ص١٢٦).

(٢) «الاختيارات» (ص١٢٦).

(٣) مسائل أحمد لابن منصور (ص٣٨٢).

صرح بذلك القاضي وابن عقيل في «خلافيهما»، وفيه بُعْدٌ.

ومنها: المبيع إذا أفلس مشتريه قبل نقد الثمن، ووجده البائع قد نما نماءً متصلاً؛ قال القاضي وأصحابه: يرجع به، ولا شيء للمفلس.

وكذلك ابن أبي موسى ذكر الرجوع، وهو مأخوذ مما روى الميموني وإسحاق بن إبراهيم عن أحمد: إذا زادت العين أو نقصت يرجع في الزيادة والنقصان، ولفظ رواية إسحاق: قيل له: فإن كان زاد أو نقص يوم اشتراه؟ قال: هو أحق به زاد أو نقص.

وهذا يحتمل أن يراد به زيادة السعر ونقصانه، وإن استبعد ذلك؛ فليس في استحقاق الرجوع ما ينافي مطالبته بقيمة الزيادة، كما لو كانت الزيادة صبغاً في الثوب، وقال الخرقي: ليس له الرجوع[1]، وذكر القاضي في (كتاب الهبة) من «خلافه» أنه منصوص أحمد؛ فيكون أسوة الغرماء، كما لو طلق الزوج قبل الدخول وقد زاد الصداق زيادة متصلة، وفارق الرد بالعيب عند من سلمه بأن الرد بالعيب قد رضي المشتري برده بزيادته بخلاف المفلس، ولأن الرد بالعيب استند إلى سبب مقارن للعقد والفسخ هنا استند إلى سبب حادث، وهو حكم الحاكم؛ فهو شبيه بالطلاق قبل الدخول، وينتقض الأول بما لو اشترى عبداً بثوب فوجد صاحب الثوب به عيباً؛ فإنه يرده ويأخذ العبد؛ وإن كان قد سمن.

والثاني: بما لو باعه عيناً بعد إفلاسه وقبل حجر الحاكم؛ فإن حجره إنما هو معتبر لثبوت الفلس وظهوره، وقد سبق نص أحمد بذلك.

وأيضاً؛ فلو باعه بعد الحجر ولم يعلم؛ فإنه يرجع في أحد الوجهين.

وفرق الأولون بين رجوع البائع ها هنا وبين الصداق: بأن الصداق يمكن الزوج الرجوع إلى بدله تامّاً، بخلاف البائع؛ فإنه لا يمكنه الوصول إلى حقه تامّاً إلا بالرجوع، وهو ضعيف؛ لأن اندفاع الضرر عنه بالبدل لا يسقط حقه من العين لو كان ثابتاً، ثم يبطل بما لو كانت الزوجة مفلسة، فإنه حقه لا يثبت في العين؛ فبطل الفرق.

---

(١) «المغني» (٤/ ٢٦٨).

ويتخرج في «رواية ابن منصور»[١] في الرد بالعيب أن يرجع البائع ها هنا ويرد قيمة الزكاة، كما لو صبغ المفلس الثوب.

ومنها: ما وهبه الأب لولده إذا زاد زيادة متصلة؛ فهل يمنع رجوع الأب أم لا؟

على روايتين معروفتين، والمنصوص عن أحمد في «رواية ابن منصور» امتناع الرجوع، وعلى القول بجوازه؛ فلا شيء على الأب للزيادة لأنها تابعة لما يباح له من مال ولده؛ فهو بالرجوع والقبض متملك لها.

ومنها: إذا أصدقها شيئاً فزاد زيادة متصلة، ثم طلقها قبل الدخول؛ لم يكن له الرجوع في نصفه، وسقط حقه منه إلى قيمة النصف، ذكره الخرقي[٢]، ولم نعلم عن أحد من الأصحاب خلافه؛ حتى جعله القاضي في «المجرد» رواية واحدة، وفرق بينه وبين بائع المفلس بأن فسخ البائع رفع للعقد من أصله، والطلاق قاطع للنكاح من حينه؛ فلا يكون للزوج حق في الزيادة، وهذا ممنوع؛ فإن الفسخ بالفلس ورفع للعقد من حينه أيضاً؛ فهو كالطلاق.

وخرج صاحب «المحرر»[٣] الرجوع في النصف بزيادته المتصلة من الرواية المحكية عن أحمد بالرجوع في نصف الزيادة المنفصلة وأولى، وسنذكر أصل هذه الرواية فيما بعد إن شاء الله تعالى.

ويتخرج وجه آخر برجوعه في النصف بزيادته وبرد قيمة الزيادة كما في الفسخ بالعيب على ما تقدم، وهذا إذا كانت العين يمكن فصلها وقسمتها، وإن لم يمكن؛ فهو شريك بقيمة النصف يوم الإصداق.

ومنها: إذا اشترى قصيلاً بشرط القطع، فتركه حتى سنبل واشتد، أو ثمراً ولم يبد صلاحه بشرط القطع، فتركه حتى بدا صلاحه؛ فهل يبطل البيع بذلك أم لا؟

---

(١) مسائل أحمد لابن منصور (ص٣٨٢-٣٨٣).

(٢) «المغني» (٧/ ١٧٣).

(٣) «المحرر» (٢/ ٣٦).

فيه روايتان، أشهرهما أنه يبطل، وهو اختيار الخرقي[1] وأبي بكر وابن أبي موسى والقاضي والأكثرين.

وللبطلان مأخذان:

أحدهما: أن تأخيره محرم لحق الله عز وجل؛ فأبطل البيع كتأخير القبض في الربويات، ولأنه وسيلة إلى شراء الثمرة وبيعها قبل بدو صلاحها، وهو محرم، ووسائل المحرم ممنوعة، وبهذا علل أحمد في رواية أبي طالب.

والمأخذ الثاني: أن مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتميز منه؛ فبطل به البيع، كما لو تلف؛ فإن تلفه في هذه الحال يبطل البيع لضمانه على البائع.

فعلى المأخذ الأول لا يبطل البيع إلا بالتأخير إلى بدو الصلاح واشتداد الحب، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب وظاهر كلام الخرقي[2]، ويكون تأخيره إلى ما قبل ذلك جائزاً.

وقد نص أحمد في رواية الحسن بن ثواب على أنه إذا أخره حتى تلف بعاهة قبل صلاحه: أنه من ضمان البائع، معللاً بأن هذا شيء في ملك البائع ونخله، فلما علل باتصاله بملك البائع؛ علم أن البيع لم يكن منفسخاً قبل تلفه ولا كان التأخير تفريطاً، ولو كان المُشْتَرَى رطبة أو ما أشبهها من النعناع والهندبا أو صوفاً على ظهر فتركها حتى طالت؛ لم ينفسخ البيع؛ لأنه لا نهي في بيع هذه الأشياء، وهذه طريقة القاضي في «المجرد».

وعلى المأخذ الثاني يبطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالين؛ إلا أنه يعفى عن الزيادة اليسيرة؛ كاليوم واليومين، ونص على ذلك أحمد في «رواية أحمد بن سعيد»[3]، ولا فرق بين الثمر والزرع وغيرهما من الرطبة والبقول والصوف، وهي طريقة أبي بكر عبد العزيز والقاضي في «خلافه» وصاحب «المغني»[4].

---

(١) «المغني» (٤/ ٧٤).
(٢) «المغني» (٤/ ٧٤).
(٣) هو أحمد بن سعيد أبوجعفر الدارمي (ت٢٥٣هـ).
(٤) «المغني» (٤/ ٦٧).

ومثل ذلك أجاب أبو الحسن الجزري فيمن اشترى خشباً ليقطعه فتركه حتى اشتد وغلظ: أن البيع ينفسخ، ومتى تلف بجائحة بعد التمكن من قطعه؛ فهو من ضمان المشتري، وهو مصرح به في «المجرد» و «المغني»[1]، وتكون الزكاة على البائع على هذا المأخذ بغير إشكال، وأما على الأول؛ فيحتمل أن تكون على المشتري؛ لأن ملكه إنما ينفسخ بعد بدو الصلاح، وفي تلك الحال تجب الزكاة؛ فلا تسقط بمقارنة الفسخ على رأي من يرى جواز اقتران الحكم ومانعه كما سبق، ويحتمل أن تكون على البائع، ولم يذكر الأصحاب فيه خلافاً؛ لأن الفسخ ببدو الصلاح استند إلى سبب سابق عليه، وهو تأخير القطع، وقد يقال: يبدو ببدو الصلاح يتبين انفساخ العقد من حين التأخير.

ونقل أبو طالب عن أحمد فيما إذا تركه حتى صار شعيراً: إن أراد الحيلة؛ فسد البيع.

فمن الأصحاب من جعل هذه رواية ثالثة بالبطلان مع قصد التحيل على شراء الزرع قبل اشتداده للتبقية؛ كابن عقيل في «التذكرة».

ومنهم من قال: بل متى تعمد الحيلة؛ فسد البيع من أصله، ولم ينعقد بغير خلاف، وإنما الخلاف فيما إذا لم يقصد الحيلة ثم تركه حتى بدا صلاحه؛ كصاحب «المغني»[2].

ومنهم من قال: قصد الحِيلة إنما يؤثر في الإثم لا في الفساد وعدمه، وهي طريقة القاضي.

وإذا تقرر هذا؛ فالزيادة إنما تعلم باختلاف القيمة لعدم تميزها في نفسها، وهي تفاوت ما بين القيمة يوم الشراء وبعد الزيادة الحادثة بعده، كذلك قال القاضي في «المجرد»، ونص عليه أحمد في «رواية ابن منصور»[3] كما سيأتي، وهو متمش على المأخذ الثاني في الانفساخ بمجرد الزيادة بعد العقد.

وأما على المأخذ الأول؛ فالزيادة هي تفاوت ما بين القيمة قبل بدوِّ الصلاح وبعده؛ لأنه لم

(١) «المغني» (٤/ ٨٧).

(٢) «المغني» (٤/ ٧٤-٧٥).

(٣) مسائل أحمد لابن منصور (ص٤١٩).

يزل على ملك المشتري إلى وقت ظهور الصلاح، وبذلك جزم في «الكافي»[1]، وحكاه في «المغني»[2] احتمالاً عن القاضي.

وبقي الكلام في حكم الزيادة على الروايتين، أما على رواية الانفساخ؛ ففيها روايتان:

إحداهما: أنها للبائع، وهي اختيار ابن أبي موسى والقاضي، ونقلها أبو طالب وغيره عن أحمد؛ لأن البيع متى انفسخ يعود إلى بائعه بنمائه المتصل؛ كسمن العبد ونحوه، بل هنا أولى؛ لأنه نماء من تبقيته على ملكه، فحقه فيه أقوى.

والثانية: يتصدقان بها مع فساد البيع، قال القاضي في «المجرد» و «كتاب الروايتين»[3]: نقلها حنبل، قال: وهي محمولة عندي على الاستحباب؛ لوقوع الخلاف في صحة العقد وفساده ومستحق النماء؛ فاستحب الصدقة بها.

وأنكر الشيخ مجد الدين ثبوت هذه الرواية، وقال: هي سهو من القاضي. قال: وإنما ذكرها القاضي في «خلافه» مستدلاً بها على الصحة، فأما مع الفساد؛ فلا وجه لهذا القول.

وأما ابن أبي موسى؛ فقال: وعنه يتصدق البائع بالفضل؛ لأنه نماء في غير ملكه، وهذا التعليل ترد عليه الزيادة في المردود بالعيب ونحوه، لكن المراد أن هذه الزيادة عادت إليه؛ لانفساخ العقد على وجه منهي عنه في الشرع، بخلاف الرد بالعيب، ثم حكى رواية ثالثة باشتراك البائع والمشتري في الزيادة، وهذه الرواية ترجع إلى القول بأن الزيادة المتصلة لا تتبع في الفسخ، بل تبقى على ملك المشتري، وإنما شاركه البائع فيها؛ لأنها نمت من ملكه وملك المشتري، ولولا ذلك؛ لانفرد بها المشتري.

فإن قيل: لا يلزم تخريجها على هذا الأصل، وخص ابن أبي موسى هذا الخلاف بالثمار، فأما الزرع؛ فلم يذكر فيه خلافاً بأنّ الزيادة للبائع.

---

(١) «الكافي» (٢/ ٧٨).

(٢) «المغني» (٤/ ٧٥).

(٣) «كتاب الروايتين» (١/ ٣٣٤).

وأما على رواية الصحة؛ ففي حكم الزيادة ثلاث روايات:

إحداهن: أنهما يشتركان فيها، نقلها أحمد بن سعيد؛ لحدوثها على ملكيهما كما سبق، وحملها القاضي على الاستحباب، ولا يصح، وبالاشتراك أجاب أبو حفص البرمكي فيمن اشترى خشباً للقطع فتركه حتى اشتد وغلظ.

والثانية: يتصدقان بها، وأخذها القاضي في «خلافه» من رواية حنبل، وتلك قد صرّح فيها أحمد بفساد البيع على ما حكاه القاضي أيضاً في «المجرد» و «كتاب الروايتين»، ثم قال: وهذا عندي على الاستحباب؛ للنهي عن ربح ما لم يضمن، وهذا لم يضمن على المشتري؛ فكره له ربحه، وكره للبائع؛ لحدوثه على ملك المشتري، وكذلك مال صاحب «المغني»[1] إلى حملها على الاستحباب؛ لأن الصدقة بالشبهات مستحب، وهذه شبهة لاشتباه الأمر في مستحقها، ولحدوثها بجهة محظورة، ويشبه هذه الرواية ما نص عليه أحمد في ربح مال المضاربة إذا خالف فيه المضارب أنه يتصدق به، وفيمن أجر ما استأجره بربح أنه يتصدق به؛ لدخوله في ربح ما لم يضمن.

والرواية الثالثة: أن الزيادة كلها للبائع، نقلها القاضي في «خلافه» في مسألة زرع الغاصب، ونص عليها أحمد في «رواية ابن منصور»[2] فيمن اشترى قصيلاً فتركه حتى سنبل يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى، فإن كان فيه فضل؛ كان للبائع صاحب الأرض، قيل له، وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه فطلع؟ قال: وكذلك في النخل، فإن كان فيه زيادة؛ فهو لصاحب الأرض البائع، ووجهه القاضي بأن الزيادة من نماء ملك البائع؛ فهي كالربح في المال المغصوب، فإنه لصاحب المال دون الغاصب، ويلغي تصرفه فيه؛ لكونه محظوراً، كذلك ها هنا، ويمكن أن يفرق بينه وبين تصرف الغاصب بأن الغاصب إنما له آثار عمل؛ فألغيت، وهنا للمشتري عين مال نمت؛ فكيف يسقط حقه من نمائها؟!

ويجاب عنه بأن المشتري إنما يستحق بالعقد ما وقع عليه البيع من الثمرة، وما زاد على ذلك؛ فلا حق له فيه، وهذا البيع لم يتم قبضه فيه ولا دخل في ضمانه؛ فلا يستحق أن يقبض

(١) «المغني» (٤/ ٦٧).

(٢) مسائل أحمد لابن منصور (ص٤٦٤).

غير ما وقع عليه البيع بمقتضى عقده.

وحمل القاضي قول أحمد ها هنا وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه: على أنه اشترى جذوعه ليقطعها.

وقال الشيخ مجد الدين: ويحتمل عندي أن يقال بأن زيادة الثمرة في صفتها للمشتري وما طال من الجزة للبائع؛ لأن هذه الزيادة لو فرضنا أن المشتري كان قد جَزَّ ما اشتراه؛ لأمكن وجودها، ويكون للبائع؛ فكذلك إذا لم تجز. انتهى.

واختار القاضي خلاف ذلك كله، وأن الزيادة كلها للمشتري مع صحة العقد، وللبائع مع فساده، ولم يثبت في «كتاب الروايتين» في المذهب في هذا خلافاً، وما قاله من انفراد المشتري بالثمرة بزيادتها مخالف لجميع نصوص أحمد، وقياسه كذلك على سمن العبد غير صحيح؛ لأن هذه الزيادة نمت من أصل البائع مع استحقاق إزالتها عنه، بخلاف سمن العبد وطوله، ولو قال مع ذلك بوجوب الأجرة للبائع إلى حين القطع؛ لكان أقرب.

كما أفتى به ابن بطة رحمه الله فيمن اشترى خشباً للقطع فتركه في أرض البائع حتى غلظ واشتد: أنه يكون بزيادته للمشتري، وعليه لصاحب الأرض أجرة أرضه للمدة التي تركها فيه وأخذه من غرس الغاصب، ولكن تبقية الشجر في الأرض له أجرة معتبرة، وكذلك الزرع، وأما تبقية الثمر على رؤوس الشجر؛ فلا يستحق له أجرة بحال، ذكره القاضي في «التفليس».

وحكم العرايا إذا تركت في رؤوس النخل حتى أثمرت حكم الثمر إذا ترك حتى يبدو صلاحه عند القاضي وأكثر الأصحاب، ومنهم من لم يحك خلافاً في البطلان في العرية، بخلاف الثمر والزرع؛ كالحلواني وابنه، ويفرق بينهما بأن بيع العرايا رخصة مستثناة من المزابنة المحرمة شرعت للحاجة إلى أكل الرطب وشرائه بالثمر؛ فإذا ترك حتى صار تمراً؛ فقد زال المعنى الذي شرعت لأجله الرخصة، وصار بيع تمر بتمر؛ فلم يصح إلا بيقين المساواة، والله أعلم.

وأما العقود؛ فيتبع فيها النماء الموجود حين ثبوت الملك بالقبول أو غيره؛ وإن لم يكن موجوداً حين الإيجاب أو ما يقوم مقامه.

فمن ذلك: الموصى به إذا نما نماءً متصلاً بعد الموت وقبل القبول؛ فإنه يتبع العين إذا

احتمله الثلث، ذكره صاحب «المغني»[١]، وقال صاحب «المحرر»[٢]: إن قلنا: لا ينتقل الملك إلا من حين القبول؛ فالزيادة محسوبة عليه من الثلث، وإن قلنا: يثبت من حين الموت؛ فالزيادة له غير محسوبة عليه من التَّركة لأنها نماء ملكه، والله أعلم.

ومنه: الشقص المشفوع إذا كان فيه شجر، فنمى قبل الأخذ بالشفعة؛ فإنه يأخذه بنمائه بالثمن الذي وقع عليه العقد، ولا شيء عليه للزيادة، وكذلك لو كان فيه ثمر أو زرع، فنمى وقلنا: يتبع في الشفعة كما هو أحد الوجهين فيهما، لو تأبر الطلع المشمول بالبيع في يد المشتري ثم أخذه الشفيع؛ ففي تبعيته وجهان لتعلق حقه بالطلع ونمائه.

ومنه: لو اشترى رجل من أهل الحرب ما استولوا عليه من مال مسلم ثن نمى عند المشتري نماءً متصلاً حتى زادت قيمته؛ فإنه يأخذه بالثمن الذي اشتراه به، ولا شيء عليه للزيادة، نص عليه أحمد في رواية مُهَنا.

وأما تبعية النماء في عقود التوثقة؛ فإنه يتبع في الرهن وأموال الزكاة والجاني والتَركة المتعلق بها حق الغرماء، وإن قيل بانتقال ملكها إلى الورثة؛ لأن التعلق فيها إما تعلق رهن أو جناية، والنماء المتصل تابع فيهما، صرح القاضي وابن عقيل بذلك كله متفرقاً في كلامهما.

وأما عقود الضمان؛ فتتبع في الغصب على ظاهر المذهب، وحكى ابن أبي موسى فيه رواية أخرى: أنه لا يتبع، ولا يكون النماء المتصل الحادث في يد الغاصب مضموناً إذا رد الأصل كما قبضه، وقياسه العارية؛ لأن الانتفاع حاصل به؛ فيصير حكمه حكم الأصل؛ كنماء العين المستأجرة.

وتتبع أيضاً في الصيد الذي في يد المحرم وفي نماء المقبوض بعقد فاسد وجهان معروفان.

---

(١) «المغني» (٦/ ١٥٧).

(٢) «المحرر» (١/ ٣٨٤).

القاعدة الثانية والثمانون

والنماء المنفصل تارة يكون متولدا من عين الذات؛ كالولد والطلع والصوف واللبن والبيض، وتارة يكون متولدا من غيرها، واستحق بسبب العين؛ كالمهر والأجرة والأرش.

والحقوق المتعلقة بالأعيان ثلاثة: عقود، وفسوخ، وحقوق تتعلق بغير عقد ولا فسخ.

فأما العقود؛ فلها حالتان:

إحداهما: أن ترد على الأعيان بعد وجود نمائها المنفصل؛ فلا يتبعها النماء، وسواء كان من العين أو غيرها؛ إلا ما كان متولداً من العين في حال اتصاله بها واستتاره وتغيبه فيها أصل الخلقة؛ فإنه يدخل تبعاً؛ كالولد واللبن والبيض والطلع غير المؤبر، أو كان ملازماً للعين لا يفارقها عادة؛ كالشعر والصوف؛ فإنها تلحق بالمتصل في استتباع العين.

وفي «المجرد» و «الفصول» وجه في الرهن: أنه لا يدخل فيه صوف الحيوان ولبنه، ولا ورق الشجر المقصود، وهو بعيد.

وأما المنفصل البائن؛ فلا يتبع بغير خلاف؛ إلا في التدبير؛ فإن في استتباع الأولاد فيه روايتين.

والحالة الثانية: أن يحدث النماء بعد ورود العقد على العين؛ فينقسم العقد إلى تمليك وغيره.

فأما عقود التمليكات المنجزة؛ فما ورد منها على العين والمنفعة بعوض أو غيره؛ فإنه يستلزم استتباع النماء المنفصل من العين وغيره؛ كالبيع والهبة والعتق وعوضه وعوض الخلع والكتابة والإجارة والصداق وغيرها، وما ورد منها على العين المجردة من غير منفعة؛ كالوصية بالرقبة دون المنافع والمشتري لها من مستحقها على القول بصحة البيع؛ فلا يتبع فيه النماء من غير العين.

وفي استتباع الأولاد وجهان بناءً على أن الولد جزء أو كسب، وما ورد منها على المنفعة

المجردة، فإن عم المنافع؛ كالوقف والوصية بالمنفعة؛ يتبع فيه النماء الحادث من العين وغيرها؛ إلا الولد؛ فإن فيه وجهين مصرحاً بهما في الوقف، ويُخَرَّجان في غيره بناءً على أنه جزء أو كسب.

وفي أرش الجناية على الطرق بالإتلاف احتمالان مذكوران في «الترغيب»: هل هو للموقوف عليه كالفوائد، أو يشترى به شقص يكون وقفاً كبدل الجملة؟

فإن كانت الجناية بغير إتلاف؛ فالأرش للموقوف عليه وجهاً واحداً، وإن كان العقد على منفعة خاصة لا تتأبد؛ كالإجارة؛ فلا يتبعُ فيه شيء من النماء المنفصل بغير خلاف.

وأما عقود غير التمليكات المنجزة، فنوعان:

أحدهما: ما يؤول إلى التمليك، فما كان منه لازماً لا يستقل العاقد أو من يقوم مقامه بإبطاله من غير سبب؛ فإنه يتبع فيه النماء المنفصل من العين وغيرها، ويندرج في ذلك صور:

منها: المكاتبة؛ فيملك إكسابها، ويتبعها أولادها بمجرد العقد.

ومنها: المكاتب يملك إكسابه، ويتبعه أولاده من أمته؛ كما يتبع الحر ولده من أمته، ولا يتبعه ولده من أمة لغيره.

ومنها: الموصى بعتقه إذا كسب بعد الموت وقبل إعتاق الورثة؛ فإن كسبه له، ذكره القاضي وابن عقيل وصاحب «المحرر»[1]؛ لأن إعتاقه واجب لحق الله تعالى، ولا يتوقف على قبول؛ فهو كالمعتق، بخلاف الوصية لمعين.

وقال صاحب «المغني» في آخر (باب العتق): كسبه للورثة؛ كأم الولد، ولكن يمكن التفريق بينهما بأن أم الولد مملوكة لسيِّدها، والموصى بعتقه غير مملوك للورثة؛ لأن الوصية تمنع انتقاله إليهم، وإذا قيل: هو على ملك الميت؛ فهو ملك تقديري لا يمنع من استحقاق الكسب، فلو كان أمة، فولدت قبل العتق وبعد الموت؛ يتبعها الولد؛ كأم الولد، هذا هو الظاهر، وقال القاضي في «تعليقه»: لا يعتق.

(١) «المحرر» (١/ ٣٨٥).

ومنها: المعلق عتقه بوقت أو صفة بعد الموت كمن قال لعبده: إن مت، ثم دخلت الدار؛ فأنت حر، أو أنت حر بعد موتي بسنة، وصححنا ذلك؛ فكسبه بين الموت ووجود شرط العتق للورثة، ذكره القاضي وابن عقيل وصاحب «المغني»[1]؛ كأم الولد، بخلاف الموصى بعتقه؛ لأن ذاك وجب عتقه في الحال، وهذا يتردد في وجود شرط عتقه؛ فإنه قد يجيء الوقت المعين بعد موته وقد لا توجد الصفة؛ حتى ذكر في «المغني» في منع الوارث من التصرف فيه قبل الصفة احتمالين، وصرح صاحب «المستوعب» بأنه باقٍ على حكم ملك الميت لا ينتقل إلى الورثة كالموصى بعتقه.

وعلى هذا؛ فيتوجه أن كسبه له وما قيل من احتمال موته قبل الصفة معارض باحتمال موت الموصى بعتقه قبل العتق، وأما إن كانت أمة وولدت بعد الموت؛ فهو تابع لها؛ كأم الولد، صرح به القاضي وابن عقيل، وهو متوجه سواء قيل: إن هذا العقد تدبير؛ كقول ابن أبي موسى والقاضي في «خلافه»، أو قيل: إنه تعليق؛ كقول القاضي في «المجرد» وابن عقيل؛ فإنه تعليق لازم مستقر، لا يمكن إبطاله؛ فهو كالكتابة، وهذا يشهد لما ذكرنا من تبعية الولد في التي قبلها.

ومنها: الموصى بوقفه إذا نمى بعد الموت وقبل إيقافه؛ فأفتى الشيخ تقي الدين[2] أنه يصرف مصرف الوقف؛ لأن نماءه قبل الوقف كنمائه بعده.

ونقل يعقوب بن بختان وإبراهيم بن هانئ عن أحمد فيمن جعل مالاً في وجوه البر فاتَّجر به الموصي؛ قال: إنْ ربح؛ جعل ربحه مع المال فيما أوصى به، وإن خسر؛ كان ضامناً، فهذا إن كان مراده إذا وصى بتفرقة عين المال؛ فواضح، وإن كان وصى أن يشتري منه ما ينمو أو يوقف أو يتصدق بنمائه؛ كان مخالفاً كما أفتى به (الشيخ).

ومنها: الموصى به لمعين يقف على قبوله إذا نمى بعد الموت وقبل القبول نماءً منفصلاً؛ فينبني على أن الملك قبل القبول؛ هل هو للوارث، أو للميت، أو للموصى له؟

---

(١) «المغني» (١٠/ ٣١٨).

(٢) «الاختيارات» (ص١٩٠).

وفيه ثلاثة أوجه:

فإن قيل: إنه للوارث؛ فهو مختص بنمائه.

وإن قيل: هو على ملك الميت؛ فنماؤه من التركة.

وإن قيل: إنه للموصى له بمعنى أنا نتبين بقبوله ملكه بالموت، أو قيل: إنه لا يتوقف ملكه على قبول؛ فنماؤه كله للموصى له.

ومنها: النذر والصدقة والوقف إذا لزمت في عين؛ لم يجز لمن أخرجها عن ملكه أن يشتري شيئاً من نتاجها، نص عليه أحمد في الصدقة والوقف في «رواية حنبل»، ولو اشترى عبداً فأعتقه، ثم بان به عيب فأخذ أرشه؛ فهل يملكه لنفسه، أو يجب عليه صرفه في الرقاب؟

على روايتين، وخص القاضي الروايتين بالعتق عن الواجب إذا كان العيب لا يمنع الإجزاء؛ إلحاقاً للأرش بالولاء، ولو اشترى شاة فأوجبها أضحية، ثم أصاب بها عيباً فأخذ أرشه اشترى به أضحية؛ فإن لم يمكن تصدق به، ذكره القاضي، وفرق بينه وبين العتق بأن القصد من العتق تكميل أحكام العبد، وقد حصل، والقصد من الأضحية إيصال لحمها إلى المساكين، فإذا كان فيه عيب دخل الضرر عليهم؛ فوجب رد أرشه عليهم جبراً وتكميلاً.

وفي «الكافي»[1] احتمال آخر: أن الأرش له كما في العتق، وأما الهدي والأضاحي إذا تعين، فإن قيل: إن ملكه لا يزول بالتعيين كقول القاضي والأكثرين؛ فهو من هذا النوع؛ وإن جاز إبداله؛ لأن إبداله نقل للحق لا إسقاط له؛ كالوقف، ويتبعه نماؤه منه؛ كالولد، فإذا ولدت الأضحية؛ ذبح معها ولدها، وهل يكون أضحية بطريقة التبع أم لا؟

فيه وجهان:

أحدهما: هو أضحية، قاله في «المغني»[2]؛ فيجوز أن يأكل منه كأمه.

---

(١) «الكافي» (١/ ٤٦٧).

(٢) «المغني» (٣/ ٢٨٧).

والثاني: ليس بأضحية، قاله ابن عقيل.

قال: وإن تصدق به صحيحاً؛ فهل يجزئ؟

فيه احتمالان؛ لتردده بين الصدقة المطلقة وبين أن يحذي به حذو الأم، والأشبه بكلام أحمد أنه أضحية؛ فإنه قال في «رواية ابن مشيش»: يذبحها وولدها عن سبعة، وقال في «رواية ابن منصور»: يبدأ بأيهما شاء في الذبح، وأنكر قول من قال: لا يبدأ إلا بالأم.

وعلى هذا؛ فهل يصير الولد تابعاً لأمه أو مستقلاً بنفسه حتى لو باع أمه أو عابت، وقلنا: ترد إلى ملكه؛ فهل يرجع ولدها معها؟

على وجهين، ذكرهما في «المغني»، ولا فرق بين أن يعين ابتداءً أو على واجب في الذمة على الصحيح.

وفيه وجه آخر: أن المعينة عما في الذمة لا يتبعها ولدها؛ لأن الواجب في الذمة واحد، والصحيح الأول؛ لأنها بالتعيين صارت كالمعينة ابتداءً، وأما اللبن؛ فيجوز شربه ما لم يعجفها؛ للنص[1]، ولأن الأكل من لحمها جائز، فيجوز الانتفاع بغيره من منافعها ومن درها وظهرها.

فأما الصوف؛ فنص أحمد على كراهة جزه إلا أن يطول ويكون جزُّه نفعاً لها، قال الأصحاب: ويتصدق به، وفرقوا بين الصوف واللبن بأن الصوف كان موجوداً قبل إيجابها؛ فورد الإيجاب عليه، واللبن يتجدد شيئاً بعد شيء؛ فهو كمنفعة ظهرها، وقال القاضي في «المجرد»: ويستحب له الصدقة بالشعر وله الانتفاع به، وذكر ابن الزاغوني أن اللبن والصوف لا يدخلان في الإيجاب، وله الانتفاع بهما إذا لم يضر بالهدي، وكذلك قال صاحب «التلخيص» في اللبن، ولو فقأ رجل عين الهدي المعين ابتداءً أخذ منه أرشه، وتصدق به أيضاً، ذكره القاضي في «خلافه»، وإن قيل: بزوال ملكه بالتعيين؛ كقول أبي الخطاب؛ فهو من قسم التمليكات

---

(١) قوله للنص يشير إلى أثر علي بن أبي طالب: «كنت جالساً عند علي، فأتاه رجل من همدان، فقال: يا أمير المؤمنين، إني اشتريت بقرة نتوجاً لأضحي بها وأنها ولدت؛ فما ترى فيها وفي ولدها؟ فقال: لا تحلبها إلا فضلاً عن ولدها، فإذا كان يوم الأضحى؛ فضحِّ بها وبولدها عن سبعة من أهلك» أخرجه ابن سعد في الطبقات (٦/ ٢٣١)، والبيهقي في السنن (٥/ ٢٣٦) (٩/ ٢٨٨).

المنجزة، كالعتق والوقف، وإن جاز الانتفاع ببعض منافعه كمن وقف مسجداً؛ فإنه ينتفع به من جملة المسلمين.

وأما ما كان منها غير لازم وهو ما يملك العاقد إبطاله؛ إما بالقول أو بمنع نفوذ الحق المتعلق به بإزالة الملك من غير وجوب إبدال؛ فلا يتبع فيه النماء من غير عينه.

وفي استتباع الولد خلاف، ويندرج تحت ذلك صور:

منها: المدبرة؛ فإنه يتبعها ولدها على المذهب المشهور، وعنه رواية أخرى: لا يتبعها، وزعم أبو الخطاب في «انتصاره» أن هذا الخلاف منزل على أن التدبير؛ هل هو لازم أم لا؟ فإن قيل بلزومه؛ تبع الولد، وإلا؛ لم يتبع، وأبى أكثر الأصحاب ذلك.

وعلى القول بالتبعية قال الأكثرون: يكون مدبراً بنفسه لا بطريق التبع، بخلاف ولد المكاتبة، وقد نص أحمد في «رواية ابن منصور» على أن الأم لو عتقت في حياة السيد؛ لم يعتق الولد حتى يموت، وعلى هذا لو رجع في تدبير الأم وقلنا له ذلك؛ بقي الولد مدبراً، هذا قول القاضي وابن عقيل، وقال أبو بكر في «التنبيه»: بل هو تابع محض لها؛ إن عتقت عتق، وإن رقت رق. وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضاً.

ومنها: المعلق عتقها بصفة إذا حملت وولدت بين التعليق ووجود الصفة؛ ففي عتقه معها وجهان معروفان، ولو لم توجد الصفة في الأم؛ لم يعتق ولو وجدت الصفة فيه؛ لأنه تابع محض.

ومنها: الموصى بعتقها أو وقفها إذا ولدت قبل موت الموصي؛ لم يتبعها، ذكره القاضي في الموصى بعتقها وقياسه الأخرى، ويحتمل أن يتبع في الوصية بالوقف بناءً على أن المغلب فيه شوب التحرير دون التمليك.

ومنها: المعلق وقفها بالموت؛ إن قلنا: هو لازم -وهو ظاهر كلام أحمد في رواية الميموني-؛ صارت كالمستولدة؛ فينبغي أن يتبعها ولدها، وإن قلنا: ليس بلازم، وكلام أحمد في آخر «رواية الميموني» يشعر به؛ حيث قال: «إن كان تناول» وشبهه بالمدبر (يعني: أنه يتبعه)؛ فهل يتبعها الولد كالمدبرة، أو لا يتبع؛ لأن الوقف تغلب فيه شائبة التمليك؛ فهو كالموصى به؟

يحتمل وجهين.

النوع الثاني: عقود موضوعة لغير تمليك العين؛ فلا يملك بها النماء بغير إشكال؛ إذ الأصل لا يملك؛ فالفرع أولى، ولكن هل يكون النماء تابعاً لأصله في ورود العقد عليه وفي كونه مضموناً، أو غير مضمون؟

فإن كان العقد وارداً على العين، وهو لازم؛ فحكم النماء حكم الأصل، وإن كان غير لازم أو لازماً، لكنه معقود على المنفعة من غير تأبيد أو على ما في الذمة؛ فلا يكون النماء داخلاً في العقد، وهل يكن تابعاً للأصل في الضمان وعدمه؟

فيه وجهان:

أحدهما: أنه تابع له فيهما.

والثاني: إن شارك الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان أو الائتمان؛ تبعه، وإلا؛ فلا، ويندرج تحت ذلك صور عديدة.

ومنها: المرهون؛ فنماؤه المنفصل كله رهن معه، سواء كان متولداً من عينه؛ كالثمرة والولد، أو من كسبه؛ كالأجرة، أو بدلاً عنه؛ كالأرش، وهو داخل معه في عقد الرهن؛ فيملك الوكيل في بيع الرهن بيعه معه؛ وإن كان حادثاً بعد العقد والتوكيل.

ومنها: الأجير؛ كالراعي ونحوه فيكون النماء في يده أمانة كأصله، ولا يلزمه رعي سخال الغنم المعينة في عقد الرعي؛ لأنها غير داخلة فيه، بخلاف ما إذا كان الاستئجار على رعي غير معينة؛ فإن عليه رعي سخالها لأن عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الإطلاق، ذكره القاضي في «المجرد».

ومنها: المستأجر يكون النماء في يده أمانة كأصله، وليس له الانتفاع به؛ لأنه غير داخل في العقد، وهل له إمساكه بغير استئذان مالكه تبعاً لأصله جعلاً للإذن في إمساك أصله إذناً في إمساك نمائه، أم لا كمن أطارت الريح إلى داره ثوب غيره؟

خرجه القاضي وابن عقيل على وجهين.

ومنها: الوديعة؛ هل يكون نماؤها وديعة، أو أمانة محضة كالثوب المطار إلى داره؟

على الوجهين أيضاً.

ومنها: العارية لا يرد عقد الإعارة على ولدها؛ فليس للمستعير الانتفاع به، وهل هو مضمون كأصله أم لا؟

على وجهين ذكرهما القاضي وابن عقيل في (باب الرهن):

أحدهما: هو مضمون؛ لأنه تابع لأصله.

والثاني: ليس بمضمون؛ لأن أصله إنما ضمن لإمساكه للانتفاع به، والنماء ممسوك لحفظه على المالك؛ فيكون أمانة، وقالا في (باب الغصب): إن ولد العارية مضمون، وجهاً واحداً.

ومنها: المقبوضة على السوم إذا ولدت في يد القابض، قال القاضي وابن عقيل: حكمه حكم أصله، إن قلنا: هو مضمون؛ فالولد مضمون، وإلا؛ فلا.

ويمكن أن يخرج فيه وجه آخر: أنه ليس بمضمون، كولد العارية؛ لأن أمه إنما ضمنت لقبضها بسبب الضمان والتمليك والولد لم يحصل قبضه على هذا الوجه؛ فهو كالثوب المطار بالريح إلى ملكه.

ومنها: المقبوض بعقد فاسد، وفي ضمان زيادته وجهان، وجه القاضي سقوط الضمان بأنه إنما دخل على ضمان العين دون نمائها، وهو منتقض بتضمينه الأجرة.

ومنها: الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق بأولادهن شيء من هذه الأحكام؛ لأن هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين؛ فهي كسائر عقود المداينات، ذكره القاضي في «المجرد» وابن عقيل، واختار القاضي في «خلافه»: أن ولد الضامنة يتبعها ويباع معها كولد المرهونة بناءً على أن دين المأذون له يتعلق برقبته، وضعفه ابن عقيل في «نظرياته»؛ لأن التعلق بالرقبة هنا كتعلق الجناية؛ فلا يسري.

ومنها: من حلف لا يأكل مما اشتراه فلان، فأكل من لبنه أو بيضه؛ لم يحنث لأن العقد لم يتعلق به، ذكره القاضي في «خلافه»؛ فإن اليمين ليست لازمة، بل يخير الحالف بين التزامها

وبين الحنث فيها وتكفيرها، وهذا بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذه الشاة؛ فإنه يحنث بأكل لبنها لأنه لا يؤكل منها في الحياة عادة إلا اللبن، فأما نتاجها؛ ففيه نظر.

فصل

هذا حكم النماء في العقود، وأما في الفسوخ؛ فلا يتبع فيها النماء الحاصل من الكسب بغير خلاف.

وأما المتولد من العين؛ ففي تبعيته روايتان في الجملة ترجعان إلى أن الفسخ هل هو رفع للعقد من أصله، أو من حينه؟ والأصح عدم الاستتباع، ويندرج تحت ذلك صور:

منها: إذا عجل الزكاة، ثم هلك المال وقلنا له: الرجوع بها؛ فإنه يرجع بها، وهل يرجع بزيادتها المتصلة؟

على وجهين:

أظهرهما: لا يرجع.

والثاني: يرجع، واختاره القاضي في «خلافه».

ومنها: المبيع في مدة الخيار إذا نمى نماءً منفصلاً ثم فسخ البيع؛ هل يرجع به البائع أم لا؟

خرجه طائفة من الأصحاب؛ كصاحبي «التلخيص» و «المستوعب» على وجهين؛ كالفسخ بالعيب، وقد ذكر القاضي في «خلافه» وابن عقيل في «عمده»: أن الفسخ بالخيار فسخ للعقد من أصله؛ لأنه لم يرض فيه بلزوم البيع، بخلاف الفسخ بالعيب ونحوه؛ فعلى هذا يرجع بالنماء المنفصل في الخيار، بخلاف العيب.

ومنها: الإقالة؛ إذا قلنا: هي فسخ؛ فالنماء للمشتري، ذكره القاضي في «خلافه».

ويتخرج فيه وجه آخر: أنه يرده مع أصله، وحكاه أبو البركات في «تعليقه» عن القاضي في «خلافه» أيضاً.

ومنها: الرد بالعيب، وفي رد النماء فيه روايتان، أشهرهما أنه لا يرد؛ كالكسب.

ونقل ابن منصور عن أحمد كلاماً يدل على أن اللبن وحده يرد عوضه؛ لحديث المصراة، ونقل عنه ابن منصور[1] أيضاً أنه ذكر له قول سفيان في رجل باع ماشية أو شاة فولدت، أو نخيلاً لها ثمرة، فوجد بها عيباً أو استحق؛ أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولد إن كان أحدث فيهم شيئاً أو كان باع أو استهلك؛ فإن كان مات أو ذهب به الريح؛ فليس عليه شيء.

قال أحمد: كما قال، وهذا يدل على أن النماء المنفصل يرده مع وجوده ويرد عوضه مع تلفه إن كان تلف بفعل المشتري، وإن كان تلف بفعل الله تعالى؛ لم يضمن لأن المشتري لم يدخل على ضمانه؛ فيكون كالأمانة عنده، وأما إذا انتفع به؛ فإنه يستقر الضمان عليه، فيرد عوضه كما دل عليه حديث المصراة[2]، وكما يقول في المتهب من الغاصب: أنه إذا انتفع بالموهوب فأتلفه؛ استقر الضمان عليه.

وحمل القاضي هذه الرواية على أن البائع كان قد دلس العيب، وأن النماء كان موجوداً حال العقد، ولكن المنصوص عن أحمد في المدلس أنه يرجع بالثمن وإن تلف المبيع؛ إلا أن نصه في صورة الإباق وهو تلف بغير فعل المشتري، وأطلق الأكثرون ذلك من غير تفصيل بين أن يتلف بفعله أو بفعل غيره؛ لأنه سلطه على إتلافه بتغريره؛ فلا يستقر عليه الضمان كما يرجع المغرور في النكاح بالمهر.

وحكى طائفة من المتأخرين رواية أخرى: أنه لا يرجع مع التلف، بل يأخذ الأرش، ورجحه أبو الخطاب في «انتصاره» وصاحب «المغني»[3]، وهذا التفصيل بين أن يكون التلف بانتفاعه أو بفعل الله تعالى، كما حمل القاضي عليه رواية ابن منصور أصح، وهو ظاهر كلام أبي بكر، وبذلك أجاب عن حديث المصراة، وكذلك أجاب القاضي في «خلافه»، ويمكن أن يقال مثل ذلك في النماء الحادث إذا رد بعيب على القول برده كما حملنا عليه رواية ابن منصور أولاً، والله أعلم.

---

(١) مسائل أحمد لابن منصور (٣١٨).

(٢) مرّ تخريجه.

(٣) «المغني» (٤/ ٨٩).

ومنها: فسخ البايع لإفلاس المشتري بالثمن؛ هل يتبعه النماء المنفصل؟

فيه روايتان:

إحداهما: يتبع، وهي المرجحة عند القاضي في «الخلاف» وابن عقيل، ونص أحمد في «رواية حنبل» فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت ثم أفلس المشتري؛ رجعت إلى الأول لأنها مال البائع وقد استحقها وولدها، وهكذا ذكره أبو بكر في «التنبيه»، وذكر القاضي في «خلافه» لفظ هذه الرواية: أن أحمد ذكر له قول مالك فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت ثم أفلس المشتري؛ أن الجارية والدابة وولدها للبائع؛ إلا أن يرغب الغرماء في ذلك، فيعطوه حقه كاملاً ويمسكون ذلك؛ فقال أحمد: ترجع إلى الأول؛ لأنها ماله، وهذا لا يدل على غير الرجوع في الجارية أو الدابة، وإنما القائل بالرجوع في الولد مالك، وليس في كلام أحمد موافقة له.

وأبو بكر كثيراً ما ينقل كلام أحمد بالمعنى الذي يفهمه منه؛ فيقع فيه تغيير شديد، ووقع له مثل هذا في كتاب «زاد المسافر»[1] كثيراً، مع أن ابن أبي موسى وغيره تأولوا الرجوع بالولد على أنه كان موجوداً في عقد البيع حملاً، واختار هو وابن حامد وابن عقيل أنها للمفلس؛ لأنها نمت في ملكه، وهو ظاهر كلام الخرقي[2]، وكذلك صححه القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول».

ومنها: اللقطة؛ إذا جاء مالكها وقد نمت نماءً منفصلاً؛ فهل يسترده معها؟

على وجهين خرجهما القاضي وابن عقيل مسألة المفلس، وفرق بينهما صاحب «المغني»[3]، ويحتمل أن يرجع هنا بالزيادة المنفصلة وجهاً واحداً؛ لأن تملكها إنما كان مستنداً إلى فقد ربها في الظاهر، وقد تبين خلافه؛ فانفسخ الملك من أصله لظهور الخطأ في مستنده، ووجب الرجوع بما وجده منها قائماً، وهذا هو الذي ذكره ابن أبي موسى، وذكر له أصلاً من كلام أحمد في طيرة

---

(١) «زاد المسافر» كتاب لعبد العزيز بن جعفر أحمد بن يزداد أبوبكر البغدادي (ت٣٦٣هـ) ويسمى غلام الخلال وكتابه مفقود.

(٢) «المغني» (٤/ ٢٦٨).

(٣) «المغني» (٦/ ١٤).

فرخت عند قوم أنهم يردون فراخها.

ومنها: رجوع الأب فيما وهبه لولده إذا كان قد نما نماءً منفصلاً؛ هل يسترده معه أم لا؟ وفيه وجهان.

ومنها: إذا وهب المريض جميع ماله في مرضه، فنما نماءً منفصلاً، ومات ولم يجز الورثة؛ فذكر القاضي في «خلافه»: أن الموهوب له ملكه بالقبض وجاز له التصرف فيه إجماعاً، وإنما يثبت للورثة حق الفسخ فيما زاد على الثلث.

وإذا جاز وأسقط حقهم من الفسخ؛ فعلى هذا يتخرج في استرجاع النماء وجهان، أظهرهما أن النماء للمتهب إلى حين الفسخ، نبه على ذلك الشيخ مجد الدين[1]، والمعروف في المذهب أن الهبة تقع مراعاة؛ فلا يتبين ملكها إلا حين خروجها من الثلث عند الموت، وإن خرج بعضها؛ فله منها مقدار الثلث، ويتبعه نماؤه، والزائد على الخلاف في الإجازة؛ هل هي تنفيذ أو عطية مبتدأة؟

ومنها: إذا عاد الصداق إلى الزوج أو نصفه قبل الدخول بطلاق أو فسخ، وقد نما عند الزوجة نماء منفصلاً؛ فهل يرجع بنمائه أو نصفه؟

المذهب أنه لا يرجع به، ونص عليه أحمد في «رواية أبي داود»[2] وصالح، ونقل عنه ابن منصور أنه ذكر له قول سفيان في رجل تزوج امرأة على خادمة، ثم زوجها غلامه فولدت أولاداً، فطلق امرأته قبل أن يدخل بها؛ فلها نصف قيمتها وقيمة ولدها، قال أحمد: جيد، واختلف أصحابنا في معنى هذه الرواية على طريقين:

أحدهما -وهو مسلك القاضي-: أنها تدل على أن الزوجة إنما ملكت بالعقد نصف الصداق؛ فيكون لها نصف نمائه، وجعل قوله وقيمة ولدها مجروراً بالعطف على قوله نصف قيمتها؛ أي: ونصف قيمة ولدها.

قال: وذكر القيمة ها هنا محمول على التراضي عليها أو على أن المراد نصف الأم ونصف

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٧٥).

(٢) مسائل الإمام أحمد لأبي داود (١٦٥).

الولد، ولم يرد القيمة، وهذا المسلك ضعيف جداً، وفي تمام النصف ما يبطله، وهو قول أحمد، فإن أعتقها قبل أن يدخل بها؛ لا يجوز عتقه لأنه حين تزوجها وجبت لها الجارية، وهذا تصريح بأنها ملكت الأمة كلها بالعقد؛ إذ لولا ذلك لعتق نصفها بالملك، وسرى العتق إلى الباقي مع اليسار.

وكذلك سلك أبو بكر في «زاد المسافر» وابن أبي موسى في تخريج هذا النص بناءً على أن المرأة لم تملك بالعقد إلا النصف، ثم خرج أبو بكر قولاً آخر لأحمد في هذه المسألة على قوله: تملك الصداق كله بالعقد: أن الأولاد والنماء لها، ويرجع بنصف قيمة الأم دون الأولاد (يعني الزوج). قال: وبه أقول: وهذا اختيار صاحب «المغني»[1] أيضاً فراراً من التفريق بين الأم وولدها في بعض الزمان.

وأما ابن أبي موسى؛ فإنه خرج وجهاً على القول بملك الصداق كله بالعقد: أن الولد للمرأة لحدوثه في ملكها، ولها نصف قيمة الأم؛ فجعل للزوجة القيمة كما في نص أحمد، وهذا الوجه ضعيف جداً؛ حيث تضمن التفريق بين الأمة وولِدها بغير العتق، ومنع الزوجة من أخذ نصف الأمة، وهو أقرب إلى عدم التفريق من أخذ نصف القيمة.

وعند القاضي: إذا قيل: إن الولد كله لها؛ فللزوج نصف قيمة الأم، صرح به في «المجرد»، وقال في «الخلاف»: يرجع بنصف الأمة.

والطريق الثاني: في معنى الرواية: أنها تدل على أن النماء المنفصل يرجع به الزوج بالفرقة تبعاً للأصل، وهذا مسلك جماعة منهم صاحب «المحرر»[2]، ولكنه استشكل إيجاب القيمة دون العين، وقال: لا أدري هل هو لنقص الولادة أو لغير ذلك؟! فإن أحمد جعل للمرأة نصف قيمة الأمة ونصف قيمة الولد؛ لأجل حق الزوج في ملك نصف الأمة وولدها، وليس ذلك بأولى من العكس.

وقد يجاب عن ذلك بأن بالطلاق يرجع به نصف الأمة إلى الزوج قهراً كالميراث؛ لأنه باقٍ

---

(١) «المغني» (٦/ ٧٠١).
(٢) «المحرر» (٢/ ٣٥).

بعينه، لا سيما والأملاك القهرية يملك بها ما لا يملك بالعقود الاختيارية؛ فلا يجبر الزوج بعد ذلك على أخذ قيمته، بل يتعين تكميل الملك له في الأم والولد حذراً من التفريق المحرم.

ويشبه هذا ما قاله الخرقي فيما إذا كان الصداق أرضاً فَبَنَتْ فيه، ثم طلقها قبل الدخول: أن الزوج يرجع بنصف الأرض، ويتملك عليها البناء الذي فيه بالقيمة، لكن أحمد في تمام هذا النص بعينه من «رواية ابن منصور» ذكر مسألة البناء وصبغ الثوب، وقال: للزوج نصف القيمة؛ لأنه استهلاك؛ ففرق بين أن تكون المرأة وصلت الصداق بمالها على وجه لا ينفصل عنه إلا بضرر عليها، وبين أن يكون باقياً بعينه؛ ففي الأول يتعين للزوج نصف القيمة لاختلاط المالين، وفي الثاني يرجع بنصف العين؛ لبقائها بحالها، وإنما جاء الإجبار على تكميل الملك للمانع الشرعي من التفريق.

ويحتمل عندي في معنى «رواية ابن منصور» طريق ثالث، وهو أن يكون أراد أحمد أن للزوجة نصف قيمة الأمة، ولها قيمة ولدها كاملة؛ لأن الولد نماء تختص به الزوجة، وقد عاد إلى الزوج نصف الأم؛ فتجبر الزوجة على أخذ نصف قيمة الأم وقيمة الولد بكمالها حذراً من التفريق، ولعل هذا أظهر مما قبله، والله أعلم.

ومنها: من وجد عين ماله الذي استولى عليه الكفار في المغنم قبل القسمة وقد نما نماءً منفصلاً، فإن قلنا: لم يملكه الكفار بالاستيلاء؛ فهو له بنمائه، وإن قلنا: ملكوه؛ فإنه يرجع فيه، وهل يرجع بنمائه.

يتخرج على وجهين؛ كبائع المفلس؛ لأن حقوق الغانمين متعلقة بالنماء كتعلق حقوق غرماء المفلس بأمواله.

وذكر القاضي في «المجرد» أنها إذا كانت أمة فوطئها الحربي وولدت منه: أن الولد غنيمة لا يرجع به المالك؛ لأنه حدث في ملك الحربي الواطئ، فانعقد حرّاً، لكن هذا قد يختص باستيلاد المالك لها، فإن ولده ينعقد حرّاً، وإنما يطرأ عليه الرق بعد ذلك؛ فلا يكون من نمائها، بخلاف ما لو زوجها فولدت من الزوج؛ فإنه يكون من نمائها لانعقاده رقيقاً.

وقد سئل أحمد عن عبد المسلم إذا لحق بدار الحرب ثم رجع ومعه من أموالهم؛ فتوقف في

مستحق المال الذي معه، وقال مرة: هو للمسلمين، وأنكر أن يكون للسيد، وعلل بأن العبد ليس له غنيمة.

قال الخلال: هذا هو المذهب؛ لأن العبد لا غنيمة له، وحمله القاضي على أن ما يأخذه الواحد من دار الحرب يكون فيئاً. قال: فأما إن قلنا: هو لآخذه؛ فهو هنا للسيد.

فصل

وأما الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ، فإن كانت ملكاً قهريّاً؛ فحكمه حكم سائر التملكات؛ وإن لم يكن ملكاً، فإن كانت حقّاً لازماً لا يمكن إبطاله بوجه كحق الاستيلاد؛ سرى حكمه إلى الأولاد دون الإكساب لبقاء ملك مالكه عليه وإن كان غير لازم، بل يمكن إبطاله؛ إما باختيار المالك، أو برضى المستحق؛ لم يتبع النماء فيه الأصل بحال، ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: الأمة الجانية لا تتعلق الجناية بأولادها ولا إكسابها؛ لأن حق الجناية ليس بالقوي، ولهذا لم يمنع التصرف عندنا، ولأن حق الجناية تعلق بالجانية لصدور الجناية منها، وهذا مفقود في ولدها، وكسبها ملك للسيد، بخلاف المكاتبة.

ومنها: تركة من عليه دين إذا تعلق بها حق الغرماء بموته، فإن قيل: هي باقية على حكم ملك الميت؛ تعلق حق الغرماء بالنماء أيضاً كالمرهون، كذا ذكره القاضي وابن عقيل في (كتاب القسمة)، وينبغي أن يقال: إن قلنا: إن تعلق الدين بالتركة تعلق رهن يمنع التصرف؛ فالأمر كذلك، وإن قلنا: تعلق جناية لا يمنع التصرف؛ فلا يتعلق بالنماء، وأما إن قلنا: تنتقل التركة إلى الورثة بمجرد الموت؛ لم تتعلق حقوق الغرماء بالنماء؛ إذ هو تعلق قهري؛ كالجناية، كذا ذكره القاضي وابن عقيل.

وخرج الآمدي وصاحب «المغني»[1] تعلق الحق بالنماء مع الانتقال أيضاً كتعلق الرهن، ويقوى هذا على قولنا: إن التعلق تعلق رهن، وقد ينبني ذلك على أصل آخر، وهو أن الدين

(١) «المغني» (٧/١٥٦-١٥٧).

هل هو باقٍ في ذمة الميت، أو انتقل إلى ذمم الورثة، أو هو متعلق بأعيان التركة لا غير؟

وفيه ثلاثة أوجه:

والأول: قول الآمدي وابن عقيل في «الفنون» وصاحب «المغني»[1]، وهو ظاهر كلام الأصحاب في مسألة ضمان دين الميت.

والثاني: قول القاضي في «خلافه» وأبي الخطاب في «انتصاره» وابن عقيل في موضع آخر، وكذلك قال القاضي في «المجرد»، لكنه خصه بحالة تأجيل الدين؛ لمطالبة الورثة بالتوثقة.

والثالث: قول ابن أبي موسى؛ فيتوجه على قوله أن لا تتعلق الحقوق بالنماء؛ إذ هو كتعلق الجناية.

وعلى الأولين يتوجه تعلقها بالنماء كالرهن، وقد يقال: لا تتعلق حقوق الغرماء بالنماء إذ قلنا: تنتقل التركة إلى الورثة بكل حال؛ إلا أن نقول: إن الدين في ذممهم؛ لأن تبعية النماء في الرهن إنما يحكم به إذا كان النماء ملكاً لمن عليه الحق، فأما إن كان ملكاً لغيره؛ لم يتبع، كما لو رهن المكاتب سيده؛ فإن كسبه لا يكون داخلاً في الرهن لأنه على ملك المكاتب، وكذا ينبغي أن يقال فيمن استعار شيئاً ليرهنه فرهنه: أن نماءه لا يدخل في الرهن لذلك، وقد يقال: التركة تعلق الحق بها تعلقاً قهرياً مع انتقال ملكها إلى الورثة؛ فكذلك نماؤها.

ويجاب عنه بأن التعلق حالة الانتقال إنما يثبت لضعف المانع منه؛ حيث اقترن التعلق ومانعه وهو الانتقال، فأما بعد الانتقال واستقرار الملك؛ فلا يتعلق لسبق المانع واستقراره، والله أعلم.

وأما تعلق الضمان بالأعيان للتعدي؛ فيتبع فيه النماء المنفصل إذا كان داخلاً تحت اليد العدوانية؛ فمن ذلك الغصب، يضمن فيه النماء المنفصل على المذهب، ولم يحك ابن أبي موسى في ضمانه خلافاً مع حكايته الخلاف في المتصل، ولا يظهر الفرق بينهما؛ فالتخريج متوجه، بل قد يقال: ظاهر كلام أحمد في «رواية ابن منصور» التي سقناها في الرد بالعيب تدل على عدم الضمان، حيث سوى بين ظهور العيب وبين الاستحقاق.

---

(١) «المغني» (٤/ ٢٨٢).

ومنه: الأمانات إذا تعدى فيها ثم نمت؛ فإنه يتبعها في الضمان.

ومنه: صيد الحرم والإحرام؛ يضمن نماؤه المنفصل إذا دخل تحت اليد الحسية، وإن لم يدخل تحت اليد، لكنه هلك بسبب إمساك الأم؛ ففيه خلاف مشهور.

تنبيه:

اضطرب كلام الأصحاب في الطلع والحمل؛ هل هما زيادة متصلة أو منفصلة؟

أما الطلع؛ فللأصحاب فيه طرق:

أحدها: أنه زيادة متصلة، سواء أبر أو لم يؤبر، وبه جزم القاضي وابن عقيل في (كتاب الصداق)، وأن الزوج يجبر على قبوله إذا بذلته الزوجة بكل حال، وكذا ذكر صاحب «الكافي»[1] في (كتاب الصداق)، وجعل كل ثمرة على شجرها زيادة متصلة.

وصرح القاضي في «المجرد» في (باب الغصب) بأن الزيادة المتصلة التي يمكن إفرادها؛ كصبغ في الثوب وتزويق الدار والمسامير في الباب؛ هل يجبر على قبولها؟

يخرج على وجهين:

أصحهما: يجبر، وهو قول الخرقي[2] في الصداق.

والثاني: أنه زيادة منفصلة بكل حال، أُبّر أو لم يؤبَّر؛ لأنه يمكن فصله وإفراده بالبيع.

كذلك أطلقه القاضي وابن عقيل أيضاً في موضع آخر من التفليس والرد بالعيب، وصرح صاحب «المغني»[3] بإبدائه احتمالاً، وحكاه في «الكافي»[4] عن ابن حامد.

الثالث: أن المؤبر زيادة منفصلة وغير المؤبر زيادة متصلة، صرح به القاضي وابن عقيل أيضاً في التفليس والرد بالعيب، وذكر أنه منصوص عن أحمد اعتباراً بالتبعية في البيع وعدمها.

---

(١) «الكافي» (٣/ ١٠٠-١٠١).

(٢) «المغني» (٧/ ٢٠٥).

(٣) «المغني» (٧/ ٢٠٥-٢٠٦).

(٤) «الكافي» (٢/ ٦٩، ١٨١).

الرابع: أن غير المؤبر زيادة متصلة بغير خلاف، وفي المؤبر وجهان، وهذه طريقة صاحب «الترغيب» في الصداق.

والخامس: أن المؤبر زيادة منفصلة وجهاً واحداً، وفي غير المؤبر وجهان، واختيار ابن حامد أنها منفصلة، وهي طريقة «الكافي» في التفليس[1].

وأما الحمل؛ فقال القاضي وابن عقيل في الصداق: هو زيادة متصلة. قال القاضي: ويجبر الزوج على قبولها إذا بذلتها المرأة، وخالفه ابن عقيل في «الآدميات»؛ لأن الحمل فيهن نقص من جهة وزيادة من جهة، بخلاف البهائم؛ فإنه فيها زيادة محضة.

وقال القاضي في التفليس: ينبني على أن الحمل هل له حكم أم لا؟ فإن قلنا: له حكم؛ فهو زيادة منفصلة، وإلا؛ فهو زيادة متصلة؛ كالسمن.

وفي «التلخيص»: الأظهر أنه يتبع في الرجوع؛ كما يتبع في البيع والحب إذا صار زرعاً والبيضة إذا صارت فروجاً فأكثر الأصحاب على أنها داخلة في النماء المتصل، كذلك قال القاضي وابن عقيل في الفلس والغصب.

وذكر صاحب «المغني»[2] وجهاً آخر، وصححه: أنه من باب تغير العين بما يزيل الاسم؛ لأن الأول استحال.

وكذا ذكر ابن عقيل في موضع آخر وفي «المجرد»: ولو حلف لا يأكل بيضة فصارت فروجاً، أو حبّاً فصار سنبلاً: أنه لا يحنث بأكله لزوال الاسم، وهذا إنما يتوجه على قول ابن عقيل في مسألة تعارض الاسم والتعيين، فأما على المشهور؛ فينبغي أن يحنث، وبه جزم القاضي في «خلافه»، وكذلك أشار إليه ابن عقيل في «الفصول»؛ كما لو حلف لا يأكل هذا التمر فصار دبساً.

وقد يُفرق بين مسألة البيضة ببقاء حلاوة التمر ولونه في الدبس، بخلاف الفروج، ولو

---

(١) «الكافي» (٢/ ٦٩،١٨١).

(٢) «المغني» (٤/ ٣٤٦-٣٤٧).

اشترى بيضة فوجد فيها فروجاً؛ فالبيع باطل، نص عليه في «رواية ابن منصور»[1]، وهو يشهد للقول بأن البيض والفروج عينان متغايرتان؛ فيكون كما إذا تبايعا دابة يظنان أنها حمار، فإذا هي فرس، والقصيل إذا صار سنبلاً؛ فهو زيادة متصلة، وإذا اشتد الحب؛ فليس بعده زيادة لا متصلة ولا منفصلة، ذكره القاضي.

(١) مسائل أحمد بن منصور (ص٢٨٤-٢٨٥).

القاعدة الثالثة والثمانون

إذا انتقل الملك عن النخل بعقد أو فسخ تتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة أو بانتقال استحقاق.

فإن كان فيه طلع مؤبر؛ لم يتبعه في الانتقال، وإن كان غير مؤبر؛ تبعه، كذا قال القاضي في (كتاب التفليس) من «المجرد»، وقال: وسواءً كان الانتقال بعوض اختياري؛ كالبيع والصلح والنكاح والخلع، أو بعوض قهري؛ كالأخذ بالشفعة ورجوع البائع في عين ماله بالفلس وبيع الرهن بعد أن أطلع بغير اختيار الراهن والرجوع في الهبة بشرط الثواب، أو كان الانتقال بغير عوض، سواء كان اختياريّاً؛ كالهبة والصدقة، أو غير اختياري؛ كالرجوع في الهبة للأب. وهو ظاهر كلامه في بيع الأصول والثمار أيضاً؛ لأنه جعل الكل كالبيع سواء، وصرح بذلك صاحب «الكافي»[1] في العقود والفسوخ.

وأما ابن عقيل؛ فإنه أطلق في الفسخ للإفلاس والرجوع في الهبة أن الطلع يتبع الأصل، ولم يفصل، وعلل بأن الفسخ رفع للعقد من أصله.

وصرح صاحب «المغني»[2] في البيع بأن الفسخ يتبع الطلع فيه أصله، سواء أبر أو لم يؤبر؛ لأنه نماء متصل، فأشبه السمن، وصرح بدخول الإقالة والفسخ بالعيب في ذلك، وهو موافق لكلام الأصحاب في الصداق.

وقد قدمنا أن صاحب «المغني» ذكر احتمالاً في الفسخ بالفلس ونحوه: أنه لا يتبع فيه الطلع، سواء أبر أو لم يؤبر؛ لتميزه وإمكان إفراده بالعقد؛ فهو كالمنفصل، بخلاف السمن ونحوه، وهذا عكس ما ذكره في البيع، وهو مع ذلك موافق لإطلاق كثير من الأصحاب أن الثمرة لا ترد مع الأصل بالعيب من غير تفصيل، وكذا في الفلس؛ فتحرر من هذا أن العقود -كالبيع والصلح والصداق وعوض الخلع والأجرة والهبة والرهن- يفرق فيها بين حالة التأبير وعدمه، ونص

---

(١) «الكافي» (٢/ ١٨١).

(٢) «المغني» (٤/ ٦٥،٩٦).

عليه أحمد في الرهن في «رواية محمد بن الحكم».

إلا أن في الأخذ بالشفعة وجهاً آخر سبق ذكره: أنه يتبع فيه المؤبر إذا كان في حال البيع غير مؤبر؛ لأن الأخذ يستند إلى البيع؛ إذ هو سبب الاستحقاق.

وأما الفسوخ؛ ففيها ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الطلع يتبع فيها مع التأبير وعدمه بناءً على أن الطلع زيادة متصلة بكل حال، أو على أن الفسخ رفع للعقد من أصله.

والثاني: لا يتبع بحال بناءً على أنه زيادة منفصلة وإن لم يؤبر.

والثالث: إن كان مؤبراً؛ تبع، وإلا؛ فلا؛ كالعقود.

هذا كله على القول بأن النماء المنفصل لا يتبع في الفسوخ، أما إن قيل بتبعيته؛ فلا إشكال في أن الطلع يتبع، سواء أبر أو لم يؤبر، وكذلك إن قيل: إن الفسوخ لا يتبع فيها الزيادة المتصلة؛ فإن الطلع لا يتبع فيها بكل حال.

وأما الوصية والوقف؛ فالمنصوص عن أحمد أنه يدخل فيها الثمرة الموجودة يوم الوصية إذا بقيت إلى يوم الموت من غير تفريق بين أن يؤبر أو لا يؤبر، نقله عنه أبو بكر بن صدقة في الرجل يوصي بالكرم أو البستان لرجل ثم يموت وفي الكرم حمل، قال: إذا كان أوصى به وفيه حمل؛ فهو للموصى له، وقال في «رواية محمد بن موسى»[1]: وسئل عن الرجل يوصي البستان أو الكرم لرجل ثم يموت وفي الكرم أو البستان حمل؛ لمن الحمل؟ قال: إن كان يوم أوصى به له فيه حمل؛ فهو له، وأطلق أنه يدخل في الوصية، ولم يفصل، وقد يوجه بأن الوصية عقد تبرع لا يستدعي عوضاً؛ فدخل فيها كل متصل، بخلاف عقود المعاوضات.

وعلى هذا؛ فالهبة المطلعة كذلك، وهو خلاف ما ذكره الأصحاب، وكذلك الوقف المنجز وأولى، ويحتمل أن يختص ذلك بما فيه معنى القربة من الوقف والصدقة والوصية.

وأما اعتبار وجوده يوم الوصية مع أن الملك يتراخى إلى ما بعد الموت؛ فلأن العقد إذا انعقد

---

(١) هو محمد بن موسى بن أبي موسى أبوعبدالله النُهرتيري البغدادي (ت٢٨٩هـ) عنده مسائل كبار جياد عن الإمام أحمد.

كان سبباً لنقل الملك، وإنما تأخر تأثيره إلى حين الموت، فإذا وجد الموت استند الملك إلى حال الإيصاء، ولهذا لو وصى له بأمة حامل ثم مات الموصي قبل الوضع؛ فالولد للموصى له بغير خلاف، وسواء قلنا: إن للحمل حكماً وأنه كالمنفصل أو لا، وأما إن تجدد مستحق من أهل الوقف وفي النخل طلع؛ فها هنا حالتان:

إحداهما: أن يكون استحقاقه من غير انتقال من غيره. والمنصوص عن أحمد أنه إن أحدث استحقاقه بعد التأبير؛ لم يستحق من الثمر شيئاً، وإن كان قبله؛ استحق.

قال جعفر بن محمد: سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوقف نخلاً على ولد قوم وولده ما توالدوا، ثم ولد مولود؛ قال: إن كان النخل قد أبر؛ فليس له في ذلك شيء، وهو ملك الأول، وإن لم يكن أبر؛ فهو معهم، وكذلك الزرع إذا بلغ الحصاد؛ فليس له شيء، وإن كان لم يبلغ الحصاد؛ فله فيه.

وكذلك الأصحاب صرحوا بالفرق بين المؤبر وغيره ها هنا، منهم ابن أبي موسى والقاضي وأصحابه معللين بتبعية غير المؤبر في العقد؛ فكذا في الاستحقاق، وعلل بعض الأصحاب بأن غير المؤبر في حكم المعدوم لاستتاره وكمونه، والمؤبر في حكم الموجود لبروزه وظهوره، وهو شبيه بقول من يقول: إن الحمل ليس له حكم ما لم يظهر.

والحالة الثانية: أن يخرج بعض أهل الاستحقاق لموت أو غيره وينتقل نصيبه إلى غيره.

قال يعقوب بن بختان: سئل أحمد عن رجل مات، فقال: ضيعتي التي بالثغر لموالي الذين بالثغر، وضيعتي التي ببغداد لموالي الذين ببغداد وأولادهم؛ فلمن بالثغر أن يأخذوا من هذه الضيعة التي ها هنا؟ قال: لا، قد أفرد هذه من هذه، فقيل له: فقدم بعض من بالثغر إلى ها هنا وخرج من ها هنا بعضهم إلى ثم وقد أبرت النخل؛ ألهم فيها شيء؟ قال: لا.

فقيل: فإن ولد لأحدهم ولد بعد ما أبرت؟ فقال: وهذا أيضاً شبيه بهذا. كأنه رأى ما كان قبل التأبير جائزاً أو كما قال، وهذا موافق لنصه السابق في أن تجدد المستحق للوقف بعد التأبير لا يقتضي استحقاقه منه.

وأما خروج الخارج من البلد؛ فلم يشمله جوابه، وانقطاع حق المستحق بموته أو زوال صفة

الاستحقاق شبيه بانفساخ العقد المزيل للملك قهراً، وقد سبق الخلاف فيه، لا سيما على قولنا: إن الوقف ملك للموقوف عليه؛ فيصير موته كانفساخ ملكه في الأصل؛ فيخرج في تبعية الطلع له الخلاف السابق، فإن قيل بالتفريق بين ما قبل التأبير وبعده؛ فلأن الطلع إذا لم يؤبر في حكم الحمل في البطن واللبن في الضرع؛ فلا يكون له حكم بملك ولا غيره حتى يظهر، وإن سلم أن له حكماً بالملك؛ فالمستحق الحادث؛ لما شارك في غير المؤبر مع ظهوره على ملك الأولين، دل على أن ملكهم لم يستقر عليه، بخلاف المؤبر؛ فإن ملكهم استقر عليه، فمن زال استحقاقه قبل استقرار الملك؛ سقط حقه.

فصل

هذا كلّه في حكم ثمر النخل، فأما غيره من الشجر؛ فما كان له كمام ينفتح فيظهر كالقطن؛ فهو كالطلع، والحق أصحابنا به الزهور التي تخرج منضمة ثم تنفتح؛ كالورد والياسمين والبنفسج والنرجس، وفيه نظر؛ فإن هذا المنظم هو نفس الثمرة أو قشرها الملازم لها؛ كقشر الرمان؛ فظهوره ظهور للثمرة، بخلاف الطلع؛ فإنه وعاء للثمرة يزول عنها قريباً، وكلام الخرقي يدل على ذلك، حيث قال: وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه ثمر باد، وبدو الورد ونحوه ظهوره من شجره، وإنما كان منضماً.

وللأصحاب وجهان في الورق المقصود؛ كورق التوت؛ هل يعتبر بفتحه كالثمر، أو يتبع الأصل لمجرد ظهوره، وهذه الزهور بمعناه، ومنه ما يظهر نوره ثم يتناثر فيظهر ثمره؛ كالتفاح والمشمش؟

ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: إن تناثر نوره؛ فهو للبائع، وإلا؛ فلا، وبه جزم القاضي في «خلافه»؛ لأن ظهور ثمره يتوقف على تناثر نوره.

والثاني: أنه بظهور نوره للبائع، ذكره القاضي احتمالاً جعلاً للنور كما في الطلع؛ لأن الطلع ليس هو عين الثمرة، بل هي مستترة فيه، فتكبر في جوفه وتظهر حتى يصير تلك في

طرفها، وهي قمع الرطبة.

والثالث: هو للبائع بظهور الثمرة؛ وإن لم يتناثر النور، كما إذا كبر قبل انتشاره، وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار صاحب «المغني»[1]، وهو أصح، وقياس ما في بطن الطلع على النور لا يصح؛ لأن النور يتناثر وما في جف الطلع ينمو ويتزايد حتى يصير ثمراً.

ومنه: ما يظهر ثمرته من غير نور؛ فهو للبائع بظهوره، سواء كان له قشر يبقى فيه إلى أكله؛ كالرمان والموز، أو له قشران؛ كالجوز واللوز، أو لا قشر له؛ كالتين والتوت، وقال القاضي: ما له قشران لا يكون للبائع إلا بتشقق قشره الأعلى، ورده صاحب «المغني» بأن تشققه في شجره نادر وتشققه قبل كماله يفسده، بخلاف الطلع، وفي «المبهج» الاعتبار بانعقاد لبه، فإن لم ينعقد؛ تبع أصله، وإلا؛ فلا.

وأما الزرع الظاهر في الأرض إذا انتقل الملك فيها بالبيع ونحوه؛ فهو للبائع؛ لأنه ليس من أجزاء الأرض وإنما هو مودع فيها، فأشبه الثمرة المؤبرة، قال في «المغني»[2]: لا أعلم فيه خلافاً، وفي «المبهج» للشيرازي: إن كان الزرع بدا صلاحه؛ لم يتبع، وإن لم يبد صلاحه؛ فعلى وجهين: فإن قلنا: لا يتبع؛ أخذ البائع بقطعه إلا أن يستأجر الأرض من المشتري إلى حين إدراكه، وأما إذا بدا صلاحه؛ فإنه يبقى في الأرض من غير أجرة إلى حين حصاده.

وهذا غريب جداً، مخالف لما عليه الأصحاب، مع أن كلام أحمد في استحقاق الوقف يشهد له؛ حيث قال: إن ولد مولود من أهل الوقف قبل أن يبلغ الحصاد؛ استحق، وإلا؛ لم يستحق لأنه قد انتهى نموه وزيادته ببلوغه الحصاد.

وهكذا قال ابن أبي موسى؛ لكنه عبر بالاستحصاد وعدمه، وأما صاحب «المغني»؛ فقال: ما كان من الزرع لا يتبع الأرض في البيع؛ فلا حق فيه للمتجدد لأنه كالثمر المؤبر، وأما ما كان يتبع في البيع وهو ما لم يظهر مما يتكرر حمله من الرطبات والخضروات؛ فيستحق فيه المتجدد.

---

(١) «المغني» (٤/ ٦٥).

(٢) «المغني» (٤/ ٦٧).

وقياس المنصوص في الزرع أن يستحق المتجدد في الوقف من الثمر حتى يبدو صلاحه، ويجوز بيعه مطلقاً، ولكن أحمد فرق بينهما كما تقدم؛ فاعتبر في الزرع بلوغ الحصاد وفي الثمر التأبير، ونصه مع ذلك في استحقاق الموصى له بالشجر المثمر الموجود فيه حال الوصية من غير تفريق بين أن يبدو صلاحه أو لا يبدو مشكل.

وأفتى الشيخ تقي الدين بأن الثمر إنما يستحقه من بدء الصلاح في زمن استحقاقه حتى لو مات البطن الأول، وقد أطلع الثمر بعمله ثم بدا صلاحه بعد موته؛ فإنه يكون للبطن الثاني[1].

وقال في شجر الجوز الموقوف: إنه وإن أدرك أوان قطعه في حياة البطن الأول؛ فهو له، فإن مات وبقي في الأرض مدة حتى زاد؛ كانت الزيادة حادثة في منفعة الأرض التي للبطن الثاني، ومن الأصل الذي لورثة الأول؛ فإما أن تقسم الزيادة بينهما على قدر القيمتين، وإما أن تعطي الورثة أجرة الأرض للبطن الثاني، وإن غرسه البطن الأول من مال الوقف ولم يدرك إلا بعد انتقاله إلى البطن الثاني؛ فهو لهم، وليس لورثة الأول فيه شيء.

واعلم أن ما ذكرناه في استحقاق الموقوف عليه ها هنا إنما هو إذا كان استحقاقه بصفة محضة، مثل كونه ولداً أو فقيراً أو نحوه، أما إذا كان استحقاق الوقف عوضاً عن عمل، وكان المغل كالأجرة يقسط على جميع السنة؛ كالمقاسمة القائمة مقام الأجرة، أو كان استغلال الأرض لجهة الوقت من ماله؛ فإنه يستحق كل من اتصف بصفة الاستحقاق في ذلك العام منه؛ حتى من مات في أثنائه استحق بقسطه، وإن لم يكن الزرع قد وجد حتى لو تأخر إدراك ذلك العام إلى أثناء العام الذي بعده؛ لم يستحق منه من تجدد استحقاقه في عام الإدراك، واستحق منه من مات في العام الذي قبله، وبنحو ذلك أفتى الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى.

وأفتى الشيخ شمس الدين بن أبي عمر بأن الاعتبار في ذلك بسنة المغل دون السنة الهلالية في جماعة مقدرين في تربة حصل لهم حاصل من قريتهم الموقوفة عليهم، فطلبوا أن يأخذوا ما استحقوه عن الماضي، وهو مغل سنة خمس وأربعين مثلاً؛ فهل يصرف إليهم الناظر بحساب

(١) «الاختيارات» (١٧٨).

سنة خمس الهلالية أو بحساب سنة المغل، مع أنه قد نزل بعد هؤلاء المتقدمين جماعة شاركوا في حساب سنة المغل؟ فإن أخذ أولئك على حساب السنة الهلالية؛ لم يبق للمتأخرين إلا شيء يسير؛ فأجاب بأنه لا يحتسب إلا بسنة المغل دون الهلالية، ووافقه جماعة من الشافعية والحنفية على ذلك.

القاعدة الرابعة والثمانون

الحمل هل له حكم قبل انفصاله أم لا؟

حكى القاضي وابن عقيل وغيرهما في المسألة روايتين؛ قالوا: والصحيح من المذهب أن له حكماً، وهذا الكلام على إطلاقه قد يستشكل، فإن الحمل يتعلق به أحكام كثيرة ثابتة بالاتفاق؛ مثل عزل الميراث له، وصحة الوصية له، ووجوب الغرة بقتله، وتأخير إقامة الحدود، واستيفاء القصاص من أمه حتى تضعه، وإباحة الفطر لها إذا خشيت عليه، ووجوب النفقة لها إذا كانت بائناً، وإباحة طلاقها وإن كانت موطوءة في ذلك الطهر قبل ظهوره

إلى غير ذلك من الأحكام، ولم يريدوا إدخال هذه الأحكام في محل الروايتين.

وفصل القول في ذلك أن الأحكام المتعلقة بالحمل نوعان:

أحدهما: ما يتعلق بسبب الحمل بغيره؛ فهذا ثابت بالاتفاق لأن الأحكام الشرعية تتعلق على الأسباب الظاهرة، فإذا ظهرت أمارات الحمل؛ كان وجوده هو الظاهر؛ فيترتب عليه أحكامه في الظاهر، ثم إن خرج حيّاً، تبينا ثبوت تلك الأحكام في الباطن، وإن بان أنه لم يكن حمل أو خرج ميتاً؛ تبينا فساد ما يتعلق من الأحكام به أو بحياته؛ كإرثه ووصيته، وهذه الأحكام كثيرة جدّاً، وبعضها متفق عليه، وبعضها فيه اختلاف:

فمنها: إذا ماتت كافرة وفي بطنها حمل محكوم بإسلامه، لم تدفن في مقابر الكفار لحرمة الحمل.

ومنها: إخراج الفطرة عن الحمل، وهي مستحبة، وفي وجوبها طريقان للأصحاب: منهم من جزم بنفي الوجوب، ومنهم من قال: في المسألة روايتان.

ومنها: فطر الحامل إذا خافت على جنينها من الصوم ويجب عليها القضاء والكفارة، وهل الكفارة من مالها أو بينها وبين من تلزمه نفقة الحمل؟

على احتمالين، ذكرهما ابن عقيل في «فنونه»[1].

(١) هذان الاحتمالان ذكرها ابن رجب في «ذيل طبقات الحنابلة» (١/ ١٥٩).

ومنها: إذا اشترى جارية، فبانت حاملاً؛ فنص أحمد رحمه الله في رواية أبي طالب: أن البائع إن أقر بوطئها ردت إليه؛ لأنها أم ولد له، وإن أنكر؛ فإن شاء المشتري ردها، وإن شاء لم يردها؛ فأبطل البيع مع إقرار البائع بالوطئ بمجرد تبين الحمل، وقال ابن عقيل: عندي لا يجب الرد حتى تضع ما تصير به الأمة أم ولد؛ لجواز أن لا يكون كذلك.

وهذا تفريع على قولنا بصحة البيع قبل الاستبراء، فأما على الرواية الأخرى؛ فالبيع من أصله باطل لعدم استبراء البائع.

ومنها: لو وطئ الراهن أمته المرهونة فأحبلها؛ خرجت من الرهن، ولزمه قيمتها تكون رهناً، كذا قاله كثير من الأصحاب، ومنهم من قال: يتأخر الضمان حتى تضع؛ فيلزمه قيمتها يوم أحبلها.

ومنها: إذا وطئ جارية من المغنم فحملت؛ فإنها تقوم عليه في الحال، وتصير مستولدة له، هذا هو المنصوص عن أحمد، وقال القاضي في «خلافه»: لا تصير مستولدة بناءً على أن الغنيمة لا تملك بدون القسمة، لكن يمنع من بيعها لكونها حاملاً بحر، ولا يؤخر قسمتها؛ فتعين أن تحسب عليه من نصيبه لذلك.

ومنها: إذا قال لزوجته: إن كنت حاملاً فأنت طالق؛ فالمنصوص عن أحمد في رواية مهنا: أنه ينظر النساء إليها، فإن خفي عليهن، فإن جاءت به لتسعة أشهر أو لستة أشهر؛ حنث، فأوقع الطلاق بشهادة النساء بالحمل أو بولادتها لغالب مدة الحمل عند خفائه.

وصحح القاضي في موضع من «الجامع» هذه الرواية، وقال أكثر الأصحاب: إن ولدت لأكثر من نهاية مدة الحمل؛ لم تطلق، وإن ولدت لدون أكثر مدة الحمل، فإن كان لم يطأها بعد اليمين؛ طلقت، وإن وطئها بعد اليمين، فإن ولدت لدون ستة أشهر من أول الوطء؛ طلقت، وإن ولدت الأكثر منه؛ فوجهان:

أشهرهما: لا تطلق، وجعله القاضي في «المجرد» وجهاً واحداً؛ لاحتمال العلوق به من الوطء المتجدد.

والثاني: تطلق؛ لأن الأصل عدمه.

وفيه وجه آخر: لا تطلق حتى تضعه لدون ستة أشهر بكل حال؛ لأنه لا يتيقن وجوده عند اليمين بدون ذلك، والطلاق لا يقع مع الشك والاحتمال.

ومنها: إذا كان لرجل زوجة لها ولد من غيره، فمات ولا أب له، وقد كان تقدم من الزوج وطء هذه الزوجة؛ فإنه يمنع من وطئها بعد موت ولدها حتى يتبين؛ هل هي حامل من وطئه المتقدم أم لا؟ لأجل ميراث الحمل من أخيه، وكذلك إذا كان عبد تحته حرة قد وطئها وله أخ حر فيموت أخوه الحر؛ فإنه يمنع من وطء زوجته حتى يتبين هل هي حامل أم لا؛ لأجل ميراث الحمل من عمه، ثم إن جاءت بولد لدون ستة أشهر من حين الموت؛ فإنه يرث بلا إشكال، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر ولأقل من أكثر مدة الحمل؛ فإن كف الزوج عن الوطء من حين الموت ورث الحمل؛ لأن الظاهر أنها كانت حاملاً.

قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل تزوج امرأة لها ابن من غيره فيموت ابنها: إن جاءت بولد دون ستة أشهر من يوم مات ابنها؛ ورثناه، وإن جاءت بالولد بعد ستة أشهر؛ لم نورثه إلا ببينة، ويكف عن امرأته إذا مات ولدها، فإن لم يكف، فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر؛ فلا أدري هو أخوه أم لا؟

وظاهر هذا أنه إن كف عن الوطء ورث الولد، وإن لم يكف؛ فإن جاءت بالولد بعد الوطء لدون ستة أشهر ورث أيضاً، وكان كمن لم يطأ، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً؛ فظاهر كلام أحمد الذي ذكرناه أنه لا يرث، وبه جزم القاضي في «المجرد»؛ إلا أن يقر الورثة أنها كانت حاملاً يوم موت ولدها، وقال في «الجامع الكبير»: يحتمل وجهين، خرجهما من مسألة تعليق الطلاق على الحمل التي تقدمت.

النوع الثاني: الأحكام الثابتة للحمل في نفسه من ملك وتملك وعتق وحكم بإسلام واستلحاق نسب ونفيه وضمان ونفقة، وهذا النوع هو مراد من حكى الخلاف في الحمل؛ هل له حكم أم لا؟

وبعض هذه الأحكام ثابتة بغير خلاف، ولنذكر جملة من هذه الأحكام:

فمنها: وجوب النفقة له؛ فتجب نفقة الحمل على الأب، وإن كانت أمة لا نفقة لها؛ كالبائن بالاتفاق، وهذه النفقة للحمل لا لأمه على أصح الروايتين، وهي اختيار الخرقي وأبي بكر، ولهذا تدور معه وجوداً وعدماً؛ فعلى هذه تجب مع نشوز الأم وكونها حاملاً من وطء شبهة أو نكاح فاسد، وتجب على سائر من تجب عليه نفقة الأقارب مع فقد الأب بالموت أو الإعسار، ذكره القاضي في «خلافه» وصاحب «المحرر»، وتسقط بيسار الحمل إذا حكم له بمال، ذكره القاضي أيضاً في «الخلاف»، وظاهر كلامه في «كتاب الروايتين»[1] يخالف ذلك، ويجب الإنفاق في مدة الحمل، ولا يقف على الوضع، نص عليه أحمد.

وخرج الآمدي وأبو الخطاب وجهاً: إذا قلنا: لا حكم للحمل: أنه لا يجب النفقة حتى ينفصل فترجع بها، وهو ضعيف مصادم لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾، وأما أم الولد إذا مات عنها سيدها وهي حامل؛ فليست من هذا القبيل، وإن كان أبو الخطاب ذكر في وجوب النفقة لها لأجل الحمل روايتين، بل نفقة هذه من جنس نفقة الحامل المتوفى عنها.

وفيها أيضاً روايتان، وليس ذلك مبنيّاً على أن النفقة للحمل أو للحامل كما زعم ابن الزاغوني وغيره؛ فإن نفقة الأقارب تسقط بالموت، ولكن هذا من باب وجوب النفقة على المحبوسة بحق الزوج من ماله؛ كنفقة الحامل البائن.

نعم، يتوجه أن يقال: إن قلنا: النفقة للحامل؛ وجبت نفقة أم الولد والمتوفى عنها من التركة لأنهما محبوستان لحق الزوج، فإذا وجبت لهما نفقة؛ فهي من ماله، وإن قلنا: النفقة للحمل؛ فهي على الورثة كما سبق، وهذا عكس ما ذكره ابن الزاغوني ومن وافقه.

وفي نفقة أم الولد الحامل ثلاث روايات عن أحمد:

إحداها: لا نفقة لها، نقلها حرب وابن بختان.

---

(١) «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (٢/ ٢٤٠-٢٤١).

والثانية: ينفق عليها من نصيب ما في بطنها، نقلها محمد بن يحيى الكحال[1].

والثالثة: إن لم تكن ولدت من سيدها قبل ذلك؛ فنفقتها من جميع المال إذا كانت حاملاً، وإن كانت ولدت قبل ذلك؛ فهي في عداد الأحرار، ينفق عليها من نصيبها.

نقلها عنه جعفر بن محمد، وهي مشكلة جداً، ومعناها عندي - والله أعلم -: أنها إذا كانت حاملاً ولم تضع من سيدها قبل ذلك؛ فنفقتها من جميع المال؛ لما ذكرنا من حبسها على سيدها بالحمل، فتكون النفقة عليه حيث لم يثبت استيلادها بعد، ويجوز أن لا تصير أم ولد بالكلية وتسترق، فإذا أنفق عليها من جميع المال، فإن تبين عتقها؛ فقد استوفت الواجب لها، وإن رقت؛ لم يذهب على الورثة شيء، حيث أنفق على رقيقهم من مالهم، وإن كانت ولدت قبل ذلك من سيدها؛ فقد ثبت لها حكم الاستيلاد في حياة السيد، وهو معنى قوله: «هي في عداد الأحرار»، وحينئذ تعتق بموت السيد بلا ريب؛ فإيجاب نفقتها على ولدها أولى من إيجابها من مال سيدها، نزيده إيضاحاً في المسألة الآتية تبعها.

ومنها: وجوب نفقة الأقارب على الحمل من ماله، وقد نص أحمد في رواية الكحال: أن نفقة أم الولد الحامل من نصيب ما في بطنها، ذكره القاضي في «خلافه»، واستشكله الشيخ مجد الدين[2]؛ قال: لأن الحمل إنما يرث بشرط خروجه حيّاً ويتوقف نصيبه؛ فكيف يتصف فيه قبل تحقق الشرط؟!

ويجاب عنه: بأن هذا النص يشهد لثبوت ملكه بالإرث من حين موت موروثه، وإنما خروجه حيّاً يتبين به وجود ذلك، فإذا حكمنا له بالملك ظاهراً؛ جاز التصرف فيه بالنفقة الواجبة عليه وعلى من تلزمه نفقته، لا سيما والنفقة على أمه يعود نفعها إليه، كما يتصرف في مال المفقود إذا غلب على الظن هلاكه ويقسم ماله بين ورثته، وإن جاز أن يكون حيّاً، بل هو الأصل، حتى لو قدم حيّاً وقد استهلك ماله في أيدي الورثة؛ ففي ضمانه روايتان، وكذا يقال في مال الحمل، ويشهد له إذا أنفق الزوج على البائن يظنها حاملاً، ثم تبين أنها لم تكن حاملاً؛

---

(١) هو محمد بن يحيى الكحال أبوجعفر البغدادي كان عنده عن أحمد مسائل كثيرة.

(٢) «المحرر» (١/٤٠٦).

ففي الرجوع روايتان أيضاً.

وقد يحمل إيجاب النفقة للأم من نصيب الحمل على أن الأم ترجع به على نصيبه إذا وضعته حيّاً، وفيه بعد.

ومنها: ملكه بالميراث وهو متفق عليه في الجملة، لكن هل يثبت له الملك بمجرد موت موروثه ويتبين ذلك بخروجه حيّاً، أو لم يثبت له الملك حتى ينفصل حيّاً؟

فيه خلاف بين الأصحاب، وهذا الخلاف مطرد في سائر أحكامه الثابتة له؛ هل هي متعلقة بشرط انفصاله حيّاً فلا تثبت قبله، أو هي ثابتة له في حال كونه حملاً لكن ثبوتها مراعا بانفصاله حيّاً؟

فإذا انفصل حيّاً؛ تبينا ثبوتها من حين وجود أسبابها، وهذا هو تحقيق معنى قول من قال: هل الحمل له حكم أم لا، والذي يقتضيه نص أحمد في الإنفاق على أمه من نصيبه: أنه يثبت له الملك بالإرث من حين موت ابيه، وصرح بذلك ابن عقيل وغيره من الأصحاب.

ونقل عن أحمد ما يدل على خلافه أيضاً؛ فروى عنه جعفر بن محمد في نصراني مات وامرأته نصرانية وكانت حبلى، فأسلمت بعد موته ثم ولدت: هل يرث؟ قال: لا. وقال: إنما مات أبوه وهو لا يعلم ما هو، وإنما يرث بالولادة، وحكم له بحكم الإسلام.

وقال محمد بن يحيى الكحال: قلت لأبي عبد الله: مات نصراني وامرأته حامل فأسلمت بعد موته؟ قال: ما في بطنها مسلم. قلت: يرث أباه إذا كان كافراً وهو مسلم؟ قال: لا يرثه.

فصرح بالمنع من إرثه من ابيه، معللاً بأن إرثه يتأخر إلى ما بعد ولادته؛ لأنه قبل ذلك مشكوك في وجوده، وإذا تأخر توريثه إلى ما بعد الولادة؛ فقد سبق الحكم بإسلامه زمن الولادة؛ إما بإسلام أمه كما دل عليه كلام أحمد هنا، أو بموت أبيه على ظاهر المذهب، والحكم بالإسلام لا يتوقف على العلم به، بخلاف التوريث، وهذا يرجع إلى أن التوريث يتأخر عن موت الموروث إذا انعقد سببه في حياة الموروث، وأصول أحمد تشهد لذلك في إسلام القريب الكافر قبل قسمة الميراث.

وأما على ما صرح به ابن عقيل وغيره، وهو مقتضى رواية الكحال في النفقة؛ فيرث الحمل بموت أبيه منه، وإن قلنا: يحكم بإسلامه بموت أحد أبويه؛ كما سبق تقريره في قاعدة اقتران الحكم ومانعه، وأما إن قيل: لا يحكم بإسلامه بموت أحد هما؛ فتوريثه واضح؛ إذ اختلاف الدين متأخر عن التوريث، ويتخرج كلام أحمد على ما ذكرناه واضح لا خفاء به، وقد ألم به بعض الأصحاب.

وأما القاضي والأكثرون؛ فاضطربوا في تخريج كلام أحمد في منع الميراث، وللقاضي في تخريجه ثلاثة أوجه:

الأول: أن إسلامه قبل قسمة الميراث أوجبَ منعَهُ من التوريث؛ كما أن إسلام الكافر قبل قسمة ميراث المسلم يوجب توريثه اعتباراً بالقسمة في التوريث والمنع، وهذه طريقة القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول»، وهي ظاهرة الفساد؛ لأن إسلام قريب الكافر بعد موته وثبوت إرثه لا يسقط توريثه منه بغير خلاف، فإن توريث المسلم قبل القسمة ثبت ترغيباً في الإسلام وحثّاً عليه، وهذا المقصود ينعكس ها هنا.

والثاني: أن هذه الصورة من جملة صور توريث الطفل المحكوم بإسلامه بموت أبيه منه، ونصه هذا يدل على عدم التوريث؛ فيكون رواية ثانية في المسألة، وهذه طريقة القاضي في «كتاب الروايتين»[1]، وهي ضعيفة؛ لأن أحمد صرح بالتعليل بغير ذلك، ولأن توريث الطفل من أبيه الكافر وإن حكم بإسلامه بموته غير مختلف فيه، حتى نقل ابن المنذر وغيره عليه الإجماع[2]؛ فلا يصح حمل كلام أحمد على ما يخالف الإجماع.

والثالث: أن الحكم بإسلام هذا الطفل حصل بشيئين: موت أبيه، وإسلام أمه، وهذا الثاني مانع قوي؛ لأنه متفق عليه، فلذلك منع الميراث، بخلاف الولد المنفصل إذا مات أحد أبويه؛ فإنه يحكم بإسلامه ولا يمنع إرثه؛ لأن المانع فيه ضعيف للاختلاف فيه، وهذه طريقة القاضي في «خلافه»، وهي ضعيفة أيضاً ومخالفة لتعليل أحمد؛ فإن أحمد إنما علل بسبق المانع لتوريثه لا بقوة

---

(١) «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (٢/ ٦٥-٦٦).

(٢) انظر «الإجماع» (ص٧٢).

المانع وضعفه، وإنما ورث أحمد من حكم بإسلامه بموت أحد أبويه؛ لمقارنة المانع لا لضعفه.

ومنها: ثبوت الملك له بالوصية، وفيه الخلاف السابق في التوريث، واختيار القاضي: أن الوصيةَ له تعليقٌ على خروجه حيّاً، والوصية قابلة للتعليق، بخلاف الهبة، وابن عقيل تارة وافق شيخه وتارة خالفه، وحكم بثبوت الملك من حين موت الموصي وقبول الولي له، وصرح به أبو المعالي التنوخي وبأنه ينعقد الحول عليه من حين الحكم بالملك إذا كان مالاً زكويّاً، وكذلك في المملوك بالإرث.

وحكى وجهاً آخر: أنه لا يجري في حول الزكاة حتى توضع للتردد في كونه حيّاً مالكاً؛ فهو كالمكاتب، ولا يعرف هذا التفريع في المذهب.

ومنها: الإقرار المطلق للحمل؛ هل يصح أم لا؟

على وجهين، قال التميمي: لا يصح، وقال ابن حامد والقاضي: يصح.

واختلف في مأخذ البطلان؛ فقيل: لأن الحمل لا يملك إلا بالإرث والوصية، فلو صح الإقرار له؛ لملك بغيرهما، وهو فاسد؛ فإن الإقرار كاشف للملك ومبين له لا موجب له، وقيل: لأن ظاهر الإطلاق بالإقرار ينصرف إلى المعاملة ونحوها، وهي مستحيلة مع الحمل، وهو ضعيف؛ لأنه إذا صح له الملك بوجه؛ حمل الإقرار مع الإطلاق عليه، وقيل: لأن الإقرار للحمل تعليق له على شرط الولادة؛ لأنه لا يملك بدون خروجه حيّاً، والإقرار لا يقبل التعليق، وهذه طريقة ابن عقيل، وهي أظهر، وترجع المسألة حينئذ إلى ثبوت الملك له وانتفائه كما سبق.

ومنها: استحقاق الحمل من الوقف، والمنصوص عن أحمد كما سبق: أنه لا يستحق حتى يوضع، وهو قول القاضي والأكثرين، وقال ابن عقيل: يثبت له استحقاق الوقف في حال كونه حملاً حتى صحح الوقف على الحمل ابتداءً، وقياس قوله في الهبة كذلك؛ إذ تمليك الحمل عنده تمليك منجز لا معلق، وإنما منع القاضي صحة الهبة له؛ لأن تمليكه معلق على خروجه حيّاً، والهبة لا تقبل التعليق.

وأفتى الشيخ تقي الدين باستحقاق الحمل من الوقف أيضاً، ويمكن التفريق على المنصوص

بين الوقف وغيره من الإرث والوصية والهبة: بأن الوقف إنما المقصود منه منافعه وثمراته وفوائده، وهي مستحقة على التأبيد لقوم بعد قوم، والحمل ليس من أهل الانتفاع؛ فلا يستحق منه شيئاً مع وجود المنتفعين به حتى يولد ويحتاج إلى الانتفاع معهم، بخلاف الملك الذي يختص به واحد معين لا يشاركه فيه غيره؛ فإن هذا يثبت للحمل، ولا يجوز انتزاعه منه مع وجوده، ويلزم من ذلك صحة الوقف على الحمل المعين دون استحقاقه مع أهل الوقف.

ومنها: الأخذ للحمل بالشفعة إذا مات موروثه بعد المطالبة بها؛ قال الأصحاب: لا يؤخذ له، ثم منهم من علل بأنه لا يتحقق وجوده، ومنهم من علل بانتفاء ملكه، ويتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة بناءً على أن له حكماً وملكاً.

ومنها: اللعان على الحمل، وفيه روايتان ذكرهما القاضي في «خلافه» وفي «كتاب الروايتين»[١]:

إحداهما: لا يصح نفيه ولا الالتعان عليه؛ لأنه غير متحقق، نقلها أبو طالب، ونقلها حنبل والميموني عن أحمد، وعلل باحتمال كونه ريحاً، وهذا هو المذهب عن الأصحاب.

والثانية: يلاعن بالحمل، نقلها ابن منصور عن أحمد، وقال الخلال: هو قول أول، وذكر النجاد: أنه هو المذهب، واختاره صاحب «المغني»، وقد ثبت عن النبي ﷺ: أنه نفى الولد عن المتلاعنين، وكان حملاً[٢].

وعلى هذا الخلاف يخرج صحة استلحاق الحمل والإقرار به؛ لأن لحوق النسب أسرع ثبوتاً من نفيه، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن القاسم: أنه لا يلزم الإقرار به، وهو متنزل على قوله: إنه لا ينتفي باللعان عليه.

ومنها: وجوب الغرة بقتله إذا ألقته أمه ميتاً من الضرب، وهو ثابت بالسنة الصحيحة[٣]،

---

(١) «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (٢/ ١٩٥).

(٢) حديث المتلاعنين رواه البخاري (٤٧٤٦).

(٣) ثبت ذلك عند البخاري (٦٩١٠)، ومسلم (١٦٨١).

وقد أنكر النبي ﷺ على من اعترض على ذلك معللاً بأنه لم يشارك الأحياء في صفاتهم الخاصة من الأكل والشرب والاستهلال، وأن ذلك يقتضي إهداره، ونسبه إلى أنه من إخوان الكهان؛ حيث تكلم بكلام مسجع باطل في نفسه، والعجب كل العجب ممن يدعي التحقيق ويرتضي لنفسه مشاركة هذا المعترض، ويقول: القياس يقتضي إهداره!!

وليس كما ظنه؛ فإن هذا الجنين إما أن يكون صادفه الضرب وفيه حياة، أو يكون ذلك قبل وجود الحياة فيه، ولا يجوز أن يكون قد فارقته الحياة؛ لأنه لو مات؛ لم يستقر في البطن، وحينئذ؛ فالجاني إما أن يكون قتله، أو منع انعقاد حياته؛ فضمنه بالغرة لتفويت انعقاد حياته؛ كما ضمن المغرور ولده بالغرة لتفويت انعقادهم أرقاء، ولم يضمنوا كمال الدية والقيمة.

وأيضاً؛ فإن دلائل حياته وسقوطه ميتاً عقيب الضربة كالقاطع بأنها هي التي قتله، ولعل ذلك الظن مرتبة فوق اللوث الموجب للقسامة، وإن ماتت أمه قبله؛ فموتها سبب قتله بالاختناق وفقد التعدي، وذلك يوجب الضمان، ولا يشترط الانفصال إلا لثبوت الضمان في الظاهر، فلو ماتت الأم وجنينها؛ وجب ضمانهما، لكن اشترط أحمد في «رواية ابن منصور» الانفصال؛ قال في امرأة قتلت وهي حامل: إذا لم يلق الجنين؛ فليس فيه شيء؛ قال القاضي والأصحاب: يكفي أن يظهر منه يد أو رجل، أو يكون في امرأة قد انشق جوفها، فشوهد الجنين وإن لم ينفصل؛ لأن العلم بحاله يحصل بذلك، وقد قال أحمد في «رواية أبي طالب»: إذا قتلت وهي حامل، وكان الجنين في بطن أمه، فقتلت الأم ومات الجنين؛ فعلى العاقلة دية الأم ودية الجنين، ولم يشترط له الانفصال، ولو ماتت امرأة، وشوهد بجوفها حركة، ثم عصر جوفها، فخرج الجنين ميتاً؛ فهل يضمنه العاصر؟

على احتمالين ذكرهما القاضي وأبو الخطاب في «خلافيهما»:

أحدهما: يضمنه؛ لأن الظاهر أنه مات بجناية العصر.

والثاني: لا يضمن؛ لأنه يتحقق موته بموت أمه؛ فلا تبقى حياته بعدها.

وهل يختص الضمان بجنين الآدمية، أم يتعدى إلى غيرها من الحيوانات؟

ذهب أكثر الأصحاب إلى الاختصاص؛ لأن ضمان الجنين الميت على خلاف القياس، قالوا:

وإنما يجب ضمان ما نقص من أمه بالجناية، ونص عليه أحمد في «رواية ابن منصور»، وقال أبو بكر: يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه كجنين الأمة، وقياسه جنين الصيد في الحرم والإحرام، والمشهور أنه يضمن بما نقص أمه أيضاً؛ لأن غير الآدمي لا يضمن بمقدر، وإنما يضمن بما نقص، ولو ألقت البهيمة بالجناية جنيناً حيّاً ثم مات؛ فاحتمالان، ذكرهما القاضي وابن عقيل في الرهن:

أحدهما: يضمن قيمة الولد حيّاً لا غير.

والثاني: عليه أكثر الأمرين من قيمته أو ما نقصت الأم.

ولذلك ذكر صاحب «المغني» في الأمة إذا أسقطت الجنين: هل يجب ضمانه فقط، أو يجب معه ضمان نقصها أو ضمان أكثر الأمرين؟

ثلاث احتمالات، والمذهب هو الأول، ولم يذكر القاضي سواه، وخرج الشيخ مجد الدين[1] أن جنين الأمة يضمن بما نقصت أمه لا غير بناءً على قولنا: إن الرقيق لا يضمن بمقدر بل بما ينقص بكل حال، ولو قتل صيداً ماخضاً؛ ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يفديه بمثله من النعم ماخض، وهو قول أبي الخطاب.

والثاني: يفديه بقيمته مثله؛ لأن اللحم الماخض يفسد؛ فقيمة المثل أزيد من قيمة لحمه، وهو قول القاضي.

والثالث: يجزئه أن يفديه بمثله غير ماخض؛ لأن هذه الصفة عيب في اللحم؛ فلا يعتبر في المثل كسائر العيوب، ذكره في «المغني»[2] احتمالاً.

ومنها: هل يوصف قتل الجنين بالعمدية أم لا؟

قال أحمد في «رواية ابن منصور» في امرأة شربت دواء، فأسقطت: إن كانت تعمدت؛ فأحب

---

(١) «المحرر» (٢/ ١٤٧).

(٢) «المغني» (٣/ ٢٧١).

إليّ أن تعتق رقبة، وإن سقط حيّاً ثم مات؛ فالدية على عاقلتها لأبيه، ولا يكون لأمه شيء؛ لأنها القاتلة. قيل له: فإن شربت عمداً؟ قال: هو شبه العمد، شربت ولا تدري: يسقط أم لا؛ عسى لا يسقط الدية، على العاقلة.

والظاهر أنه لم يجعله عمداً للشك في وجوده لا للشك في الإسقاط بالدواء؛ لأنه قد يكون الإسقاط معلوماً كما أن القتل بالسم ونحوه معلوم.

ومن هذه الرواية أخذ الأصحاب رواية وجوب الكفارة بقتل العمد، ولا يصح ذلك؛ فإنه صرح بأنه ليس بعمد، وإنما هو شبه عمد.

ومنها: عتق الجنين؛ هل ينفذ من حينه، أو يقف على خروجه حيّاً؟

في المسألة روايتان:

إحداهما: ينفذ من حينه، وهو المذهب.

والثانية: لا يعتق حتى تضعه حيّاً، نص عليها في رواية ابن منصور؛ قال: لا يجب العتق إلا بالولادة، هو عبد حتى يعلم أنه حي أو ميت، وكذلك الخلاف إذا أعتق تبعاً لعتق أمه أو بملكه، وهو ممن يعتق عليه برحم.

ويتفرع على هذا الأصل فروع.

الفرع الأول: لو زوج ابنه بأمته، فولدت ولداً بعد موت الجد سيد الأمة، فإن قلنا: يعتق الحمل؛ فقد عتق على جده، نص على ذلك أحمد في «رواية أبي طالب» و «صالح»[1]، وإن قلنا: لا يعتق حتى يوضع؛ فهو تركة موروثة عن سيده؛ فيرث منه أبوه وأعمامه بقدر حصصهم، ويعتق عليهم بالملك، نص عليه أحمد في «رواية المروذي»، وهذا لأنا إن قلنا: ليس للحمل حكم؛ فالمعنى أنه لا يثبت له حكم الأولاد المستقلين، وإلا؛ فهو موجود حقيقة ومودع في أمه؛ فالملك فيه قائم.

---

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (٣/ ٢١٣-٢١٥).

وطرد القاضي وابن عقيل الخلاف في ثبوت ملكه أيضاً، وذكرا في الوصايا: أنه لو وصى بأمة لزوجها وهي حامل منه فولدت، فإن قلنا للحمل حكم؛ فهو موصى به معها يتبعها في الوصية، وإن قلنا: لا حكم له؛ لم يدخل في الوصية، وكان ملكاً لمن ولدته في ملكه؛ لأنه حينئذ يثبت له حكم بظهوره، فإن ولدته في حياة الموصي؛ فهو له، أو بعد موته؛ فهو لمن حكمنا له بالملك في تلك الحال، على الخلاف فيه، وإن ولدته بعد قبوله؛ فهو له ويعتق عليه، وهذا يقتضي ها هنا أنا إذا قلنا: لا حكم للحمل، ولا يعتق على جده، فمات الجد ووضع بعد موته: أنه إن كان وضعه بعد القسمة؛ فهو ملك لمن حصلت الأمة له، وإن كان قبل القسمة؛ فهو مشترك بينهم، لا لأنه موروث لهم عن أبيهم، بل لأنه نماء ملكهم المشترك.

فظهر بهذا أن للأصحاب في معنى كون الحمل له حكم أو لا حكم له طريقين:

أحدهما: أنه هو كجزء من أجزاء أمه أو كالمعدوم، وإنما يحكم بوجوده بالوضع.

والثاني: وهو المنصوص: أنه مملوك منفصل عن أمه ومودع فيها، ولكن؛ هل يثبت له حكم الولد المستقل بدون انفصاله، أو لا يثبت له ذلك حتى ينفصل؟

الفرع الثاني: إذا أعتق الأمة الحامل عتق حملها معها، ولكن هل يقف عتقه على انفصاله، أو يعتق من حين عتق أمه؟

على ما تقدم وقياس ما ذكره القاضي وابن عقيل: أنه لا يعتق بالكلية؛ إذ هو كالمعدوم قبل الوضع، وهو بعيد جداً؛ فإن أسوأ ما يقدر في الحمل أنه ورد عليه العتق في حال منع من نفوذه مانع، فوقف على زواله؛ كعتق المريض لكل رقيقة؛ فإنه يقف على إجازة الورثة، ومن أصلنا أن العتق قبل الملك يصح تعليقه عليه على ظاهر المذهب، فإن كان أصله موجوداً في ملكه؛ صح تعليقه بغير خلاف عند المحققين، كمن قال لأمته: كل ولد تلدينه حر، وهذا المعتق قد باشر بالعتق أمته وحملها متصل بها؛ فوقف نفوذ عتقه على صلاحيته للعتق بظهوره.

وقد صرح القاضي في «خلافه» بأنه لو أعتق الحمل وكان علقة؛ عتق؛ وإن لم يكن مملوكاً حينئذٍ نظراً إلى هذا المعنى، والله أعلم.

الفرع الثالث: أعتق الأمة واستثنى حملها؛ صح وكان الولد رقيقاً، نص عليه في رواية

جماعة، وتوقف فيه في رواية ابن الحكم.

وخرج ابن أبي موسى والقاضي: أنه لا يصح استثناؤه بناءً على أنه كجزء من أجزائها، وخروجه أيضاً من عدم صحة استثنائه في البيع، ولا يصح؛ لأن البيع تنافيه الجهالة، بخلاف العتق.

الفرع الرابع: أعتق الموسر أمة له حملها لغيره؛ فهل يعتق بالسراية أم لا؟

إن قلنا: إنه مستقل بنفسه؛ لم يسر إليه العتق، وإنما دخل مع الأم إذا كان مملوكاً لمالكها تبعاً لاتصاله بالأم واجتماعهما في ملكه، كما يتبع الطلع المؤبر للنخل في العقد إذا كان ملكاً لمالكه، ولا يتبع إذا كان ملكاً لغيره، وهذا اختيار السامري وصاحبي «التلخيص» و «المحرر»[1]، وقال القاضي والشريف أبو جعفر وأبو الخطاب: يعتق، ويضمنه لمالكه بناءً على أنه كجزء منها.

الفرع الخامس: لو أعتق الحمل وحده نفذ وهل يعتق من حينه أو يقف على خروجه حيّاً؟

مبني على ما سبق، وأشار القاضي وابن عقيل في ديات الأجنة إلى خلاف لنا في صحة عتقه وحده بناءً على أنه كالمعدوم، وهو ضعيف، وقياس قول من قال: هو كجزء منها: أن يسري عتقه إليها، وهو ضعيف أيضاً.

وينبني على هذا الفرع لو ضرب بطن أمة حامل، فأعتق السيد حملها بعد الجناية أو أعتقه السيد، ثم جنى عليه، ثم انفصل ميتاً أو انفصل حيّاً، ثم مات عقيب الانفصال؛ فهذا ينبني على أن العتق هل حصل قبل الانفصال، أو لم يحصل إلا بعده؟

وعلى أصل آخر، وهو إذا جرح رقيقاً، ثم عتق، فسرى إلى نفسه، فمات؛ هل يضمنه بدية حر أو بقيمة عبد؟

على روايتين، فإذا علم هذا؛ فها هنا صور أربعة:

أحدها: أن يجني عليه، ثم يعتق، ثم ينفصل ميتاً؛ فينبني على أن العتق هل حصل له حال

---

(١) «المحرر» (٢/ ٤).

كونه حملاً أم لا؟

فإن قلنا: لم يحصل له العتق حينئذ؛ وجب ضمانه بضمان جنين مملوك عشر قيمة أمه، وإن قلنا: قد عتق؛ انبنى على الخلاف في اعتبار الضمان بحال السراية أو الجناية، فإن قلنا: الاعتبار بحال الجناية؛ فكذلك، وإن قلنا: بحال السراية؛ ففيه غرة ضمان جنين حر، وقيل: يضمنه ضمان رقيق وجهاً واحداً، كذلك ذكر القاضي وابن عقيل؛ إذ لم يتحقق عتقه لجواز تلفه قبله، وحكيا أيضاً فيما لو أعتق الأم بعد الجناية ثم ألقت جنينها وجهين مخرجين من الاختلاف في اعتبار حالة السراية أو الجناية، والفرق بينهما غير متوجه.

والصورة الثانية: إن يجنى عليه، ثم يعتق، ثم ينفصل حيّاً، ثم يموت؛ فقد حصل له العتق بغير خلاف؛ فينبني على الخلاف في اعتبار الضمان؛ هل هو بحالة السراية أو الجناية كما تقدم؟

وفي «مسودة شرح الهداية»: يضمنه بدية حر رواية واحدة، وهو سهو.

الصورة الثالثة: أن يعتق أولاً، ثم يجنى عليه، ثم ينفصل حيّاً؛ فيجب ضمانه بدية حر إنْ قلنا: عتق وهو حمل، وإن قلنا: لم يعتق إلا بعد الانفصال، انبنى على الخلاف في اعتبار الضمان؛ هل هو بحالة الجناية أو السراية؟

فإن قلنا: بحالة السراية؛ ضمنه بدية حر، وإلا؛ ضمنه ضمان رقيق، وظاهر كلام صاحب «المحرر»[1] أنه يجب ضمانه بدية حر وجهاً واحداً؛ لأن الجناية وقعت بعد العتق المباشر، ووجد الموت بعد النفوذ، وفيه نظر، والأظهر أنه كمن جنى عليه بعد التعليق ثم مات بعد وجود الصفة.

والصورة الرابعة: أن يعتق، ثم يجني عليه، ثم ينفصل ميتاً، فإن قلنا: عتق وهو حمل؛ ضمنه ضمان جنين حر، وإن قلنا: لم يعتق؛ ضمنه ضمان جنين رقيق، ونص عليه أحمد في «رواية ابن منصور» معللاً بأنه لم يعتق بعد، وفي «الخلاف الكبير» و «المحرر»[2] أن حرباً نقل ذلك أيضاً عن أحمد، وليس كذلك، وإنما حكاه أحمد في روايته عن الزهري، وقال: ما أدري كيف وجهه؟

(١) «المحرر» (٢/١٤٧).
(٢) «المحرر» (٢/١٤٧).

وقال القاضي وابن عقيل: إذا قلنا: لا يصح عتق الحمل، فوجوده كالعدم في جميع هذه الصور، وهو ضعيف كما سبق.

ومنها: ورود العقود على الحامل؛ كالبيع والهبة والوصية والإصداق؛ قال القاضي وابن عقيل: إن قلنا: للحمل حكم؛ فهو داخل في العقد، ويأخذ قسطاً من العوض، وإن قلنا: لا حكم له؛ لم يأخذ قسطاً من العوض، وكان بعد وضعه حكمه حكم النماء المنفصل، فلو ردت العين بعيب أو إفلاس أو طلاق، فإن قلنا: له حكم؛ رد مع الأصل، وإلا؛ كان حكمه حكم النماء.

وقياس المنصوص عن أحمد في الحمل: «أنه لا يعتق، وأنه تركة موروثة» يقتضي أن حكمه حكم الإجزاء لا حكم الولد المنفصل؛ فيجب رده مع العين، وإن قلنا: لا حكم له؛ إذ المراد بذلك أنه لا يثبت له حكم الأولاد لأنه معدوم، وهذا أصح، وهو ظاهر كلام الأكثرين في مسألة الفلس، ولا فرق بين ما يعتبر له القبض من العقود؛ كالرهن والهبة، وما لا يعتبر قبضه ويحصل قبضه تبعاً لأمه، ذكره القاضي في «خلافه».

ويتخرج على هذا الأصل مسألة اشتراط الحمل في المبيع والسلم في الحيوان الحامل وغير ذلك.

ومنها: جنين الدابة المذكاة؛ هل يحكم بذكاته معها قبل الانفصال أم لا؟

قال ابن عقيل في «فنونه»[1]: لا يحكم بذكاته إلا بعد الانفصال، وظاهر كلام أحمد خلافه؛ فإنه قال: هو ركن من أركانها، وفرق بين الجنين والولد المنفصل: بأن الجنين فيه غرة، والولد فيه الدية؛ فعلم أنه ليس له حكم الأولاد، وهذا يرجح أنه جزء من الأم، وأن تذكيته تابع لتذكيتها، وأما إن قيل بأنه ولد مستقل؛ ففيه نظر، وقد ينبني على ذلك أنه هل تجب إراقة دمه إذا خرج أم لا؟

وكلام أحمد في ذلك يدل على روايتين، وأكثر النصوص عنه تدل على الاستحباب فقط، وفي بعضها ما يشعر بالوجوب، وهذا ينزع إلى أنه ولد مستقل، لكن عفى عن موته بغير تذكية

(١) «الفنون» (١/ ١٦٤-١٦٥).

لاتصاله بأمه عند تذكيتها، ثم وجب سفح دمه ليحصل مقصود التذكية فيه.

ومنها: إذا ماتت الحامل وصلي عليها؛ هل ينوي الصلاة على حملها؟

قال ابن عقيل في «فنونه»: لا، وعلل بالشك في وجوده، وهذا متوجه على القول بأنه كالمعدوم قبل الانفصال، وعلى القول بأنه كالجزء من الأم أيضاً.

وأما إن قيل بأنه ولد مستقل؛ ففيه نظر، وقد يقال: شرط ثبوت الأحكام له ظهوره، ولم يوجد؛ فهذا متوجه.

القاعدة الخامسة والثمانون

الحقوق خمسة أنواع.

أحدها: حق ملك؛ كحق السيد في مال المكاتب، ومال القن إذا قلنا: يملك بالتمليك، وكذلك ما يمتنع إرثه لمانع؛ كالتركة المستغرقة بالدين على رواية، وكالمحرم إذا مات موروثه وفي ملكه صيد على أحد الوجهين.

والثاني: حق تملك؛ كحق الأب في مال ولده، وحق القابل للعقد إذا أوجب له، وحق العاقد في عقد يملك فسخه ليعيد ما خرج عنه إلى ملكه، مع أن في هذا شائبة من حق الملك وحق الشفيع في الشقص، وها هنا صور مختلف فيها؛ هل يثبت فيها الملك أو حق التملك؟

فمنها: حق المضارب في الربح بعد الظهور وقبل القسمة، وفيه روايتان:

إحداهما: أنه يملكه بالظهور.

والثانية: لم يملكه، وإنما ملك أن يتملكه، وهو حق متأكد حتى لو مات ورث عنه، ولو أتلف المالكُ المالَ؛ غرم نصيبه، وكذلك الأجنبي؛ ولو أسقط المضارب حقه منه، فإن قلنا: هو ملكه؛ لم يسقط، وإن قلنا: لم يملكه بعد؛ ففي «التلخيص» احتمالان:

أحدهما: يسقط؛ كالغنيمة.

والثاني: لا يسقط؛ لأن الربح ها هنا مقصود وقد تأكد سببه، بخلاف الغنيمة؛ فإن مقصود الجهاد إعلاء كلمة الله تعالى لا المال.

ومنها: حق الغانم في الغنيمة قبل القسمة، وفيه وجهان:

أحدهما: وهو المنصوص، وعليه جمهور الأصحاب-: أنه يثبت الملك فيها بمجرد الاستيلاد، لكن؛ هل يشترط الإحراز أم لا؟

على وجهين:

احدهما: لا يشترط، وتُملك بمجرد تقضي الحرب، وهو قول القاضي في «المجرد» ومن تابعه على طريقته.

والثاني: يشترط، وهو قول الخرقي[1] وابن أبي موسى؛ كسائر المباحات، ورجحه صاحب «المغني»[2].

فعلى هذا لا يستحق منها إلا من شهد الإحراز، وأما على الأول؛ فاعتبر القاضي والأكثرون شهود آخر الوقعة، وقالوا: لا يستحق من لم يشهده.

وفصل في «الأحكام السلطانية»[3] بين الجيش وأهل المدد، فأما الجيش؛ فيستحقون بحضور جزء من الوقعة إذا كان تخلفهم عن الباقي لعذر؛ كموت الغازي أو موت فرسه، وأما المدد؛ فيعتبر لاستحقاقهم شهود انجلاء الحرب، ونص أحمد في «رواية يعقوب بن بختان» فيمن قتل في المعركة يعطى ورثته نصيبه.

والوجه الثاني: لا تملك الغنيمة إلا باختيار الملك، وهو اختيار القاضي في «خلافه»؛ فعلى هذا إنما يثبت لهم حق التملك؛ كالشفيع، فمن مات منهم قبل اختيار التملك أو المطالبة؛ فلا حق له، ذكره صاحب «الترغيب»، وظاهر كلام القاضي في «خلافه» في (باب الشفاعة): أن الحق ينتقل إلى الورثة بدون القبول والمطالبة، وإن قالوا: اخترنا القسمة؛ لزمت حقوقهم ولم تسقط بالإعراض، ذكره صاحب «الترغيب»، بخلاف ما إذا أسقطوا حقوقهم قبل الاختيار؛ فإنه يسقط على الوجهين؛ لضعف الملك وعدم استقراره، ويصير فيئاً، فإن أسقط البعض دون البعض؛ فالكل من لم يسقط حقه.

ومنها: حق من وجد ماله بعينه في المغنم قبل القسمة مما ملكه الكفار بالاستيلاء عليه؛ فإنه يثبت له فيه حق التملك عند الأصحاب، وخرجه شيخ الإسلام ابن تيمية الشيخ تقي الدين[4] على الخلاف في حق الغانمين.

ومنها: حق الزوج في نصف الصداق إذا طلق قبل الدخول؛ هل يثبت له في الملك قهراً أو يثبت له حق التملك فلا يملك بدونه؟

---

(١) «المغني» (٩/٢٢٨).

(٢) «المغني» (٩/٢٢٨).

(٣) «الأحكام السلطانية» (ص١٥١-١٥٢).

(٤) «الاختيارات» (٣١٣).

فيه وجهان، والأول هو المنصوص، وعلى الثاني؛ فيكفي فيه المطالبة، واختيار التملك على ظاهر كلام أبي الخطاب؛ كرجوع الأب، وزعم صاحب «الترغيب» أن هذا مرتب على الخلاف في عفو الذي بيده عقدة النكاح؛ هل هو الزوج أو الولي؟ وليس كذلك، ولا يلزم من طلب العفو من الزوج أن يكون هو المالك، فإن العفو يصح عما يثبت فيه حق التملك؛ كالشفعة، وليس في قولنا: «إن الذي بيده عقدة النكاح هو الأب» ما يستلزم أن الزوج لم يملك نصف المهر؛ لأنه إنما يعفو عن النصف المختص بابنته، فأما النصف الآخر؛ فلا تعرض لذكره بنفي ولا إثبات، والعجب أنه حكي بعد ذلك في صحة عفو الزوج عن النصف إذا قلنا: «قد دخل في ملكه» وجهين، والصحيح المشهور أنه يصح عفوه؛ وإن كان مالكاً، كما يصح عفو الزوجة مع ملكها، ثم إن القرآن مصرح بذلك؛ فكيف يسوغ الخلاف فيه حينئذ؟

لكن إن كان الصداق ديناً صح الإبراء منه بسائر ألفاظ المباراءة من الإبراء والإسقاط والهبة والعفو والصدقة والتحليل، ولا يشترط له قبول، وإن كان عيناً، وقلنا: لم يملكه، وإنما يثبت له حق التملك؛ فكذلك، وكذلك يصح عفو الشفيع عن الشفعة، ذكره القاضي وابن عقيل، وإن قلنا: ملك نصف الصداق؛ صح بلفظ الهبة والتمليك، وهل يصح بلفظ العفو؟

على وجهين:

أحدهما: لا يصح، قاله ابن عقيل.

والثاني: يصح، قاله القاضي، ورجحه صاحب «المغني»[1]، وهو الصحيح؛ لأن عقد الهبة ينعقد عندنا بكل لفظ يفيد معناه من غير اشتراط إيجاب ولا قبول بلفظ معين، وقال القاضي وابن عقيل: يشترط ها هنا الإيجاب والقبول والقبض، وحكى صاحب «الترغيب» في اشتراط القبول وجهين، والصحيح أن القبض لا يشترط في الفسوخ؛ كالإقالة ونحوها، وصرح به القاضي في «خلافه»، وكذلك يصح رجوع الأب في الهبة من غير قبض، وكذلك فسخ عقد الرهن وغيره.

(١) «المغني» (٧/ ١٩٦).

ومنها: حق الملتقط في اللقطة بعد حول التعريف، وفيه وجهان:

أشهرهما: أنه يثبت له الملك بغير اختياره، واختاره القاضي وقال: إنه ظاهر كلام أحمد.

والثاني: لا يدخل حتى يختار، وهو اختيار أبي الخطاب[1]؛ فيكون حقه فيها حق تملك.

ومنها: الموصى له بعد موت الموصي، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه يثبت له الملك، وقيل: إنه ظاهر كلام أحمد.

والثاني: إنما يثبت له حق التملك بالقبول، وهو المشهور عند الأصحاب.

ومنها: من نبت في أرض كلأ أو نحوه من المباحات، أو توحل فيها صيد أو سمك ونحوه؛ فهل يملكه بذلك؟

في المسألة روايتان معروفتان، وأكثر النصوص عن أحمد تدل على الملك، وعلى الرواية الأخرى إنما يثبت له حق التملك، وهو مقدم على غيره بذلك؛ إذ لا يلزمه أن يبذل من الماء والكلأ إلا الفاضل عن حوائجه؛ ولو سبق غيره وحقق سبب الملك بحيازته إليه؛ فقال القاضي والأكثرون: يملكه، وخرج ابن عقيل أنه لا يملكه؛ لأنه سبب منهي عنه؛ فلا يفيد الملك، ويشبه هذا الخلاف في الطائفة التي تغزو بدون إذن الإمام؛ هل يملكون شيئاً من غنيمتهم أم لا، وقرر القاضي في موضع آخر من «خلافه» أن الأسباب الفعلية تفيد الملك؛ وإن كانت محظورة؛ كأخذ المسلم أموال أهل الحرب غصباً منهم؛ وإن دخل إليهم بأمان، بخلاف القولية.

وفي موضع آخر صرح بخلاف ذلك، وأنه لا يملك به المسلم، وهو الصحيح من المذهب.

ومنها: متحجر الموات، المشهور أنه لا يملكه بذلك، ونقل صالح عن أبيه ما يدل على أنه يملكه[2].

وعلى الأول؛ فهو أحق بتملكه بالإحياء، فإن بادر الغير وأحياه؛ ففي ملكه وجهان

---

(١) «كتاب الهداية» (١/ ٢٠٣).

(٢) مسائل أحمد لابنه صالح (٣/ ١١٤).

معروفان، هذا كله فيمن انعقد له سبب التملك وصار التملك واقفاً على اختياره، فأما إن ثبتت له رغبة في التملك ووعد به ولم ينعقد السبب؛ كالمستام والخاطب إذا ركن إليهما؛ فلا يجوز مزاحمتهما أيضاً، ولكن يصح على المنصوص.

وخرج القاضي وجهاً بالبطلان من البيع على بيعه، والفرق بينهما واضح؛ لأن الحق في البيع انعقد وأخذ به، ولا كذلك هنا، ولأن المفيد للملك هنا العقد والمحرم سابق عليه؛ فهو كاستيلاد الأب والشريك، يحصل به الملك بالعلوق لما كان المحرم - وهو الوطء - سابقاً عليه.

النوع الثالث: حق الانتفاع، ويدخل فيه صور:

منها: وضع الجار خشبة على جدار جاره إذا لم يضر به للنص الوارد فيه[1].

ومنها: إجراء الماء في أرض غيره إذا اضطر إلى ذلك في إحدى الروايتين؛ لقضاء عمر ﷺ به[2]، قال الشيخ تقي الدين[3]: وكذلك إذا احتاج أن يُجْرِيَ ماءه في طريق مائه، مثل أن يجري مياه سطوحه أو غيرها في قناة لجاره أو يسوق في قناة عذبة ماء ثم يقاسمه جاره، ولو وضع على النهر عبارة يجري فيها الماء؛ فخرجها الأصحاب على الروايتين.

ونقل أبو طالب عن أحمد في قوم اقتسموا داراً وكانت لها أربعة سطوح يجري الماء عليها، فلما اقتسموا أراد أحدهم أن يمنع من جريان الماء للآخر عليه، وقال: هذا قد صار لي، وليس بيننا شرط؛ فقال أحمد: يرد الماء إلى ما كان عليه، وإن لم يشترط ذلك، ولا يضر به.

وحمل طائفة من أصحابنا هذه الرواية على أنه يحصل به ضرر يمنعه من جريان الماء، وأنه يحتاج إلى أن ينقض سطحه ويستحدث له مسيلاً؛ فجعل له أن يجريه على رسمه الأول كذلك كما يجري ماؤه في أرض غيره للحاجة، أو يضع خشبه على جداره، كذا ذكره ابن عقيل وغيره، وحمله بعضهم على أن الدار إذا انقسمت كانت مرافقها كلها باقية مشتركة بين الجميع؛ كالاستطراق في طريقها، ولهذا قلنا: لو حصل الطريق في حصة أحد المقتسمين ولا منفذ للآخر؛ لم تصح القسمة، وعلى هذا حمله صاحب «شرح الهداية».

---

(١) يشير المصنّف الى قول النبي ﷺ: «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره» رواه مسلم (١٦٠٩).
(٢) أثر عمر أخرجه مالك في «الموطأ» (٢٨٩٧)، و الشافعي في المسند (٢/ ١٣٥)، والبيهقي في السنن (٦/ ١٥٧).
(٣) «مجموع الفتاوى» (٣٠/ ١٧) قريباً منه.

وخرج صاحب «المغني»[1] من مسألة أبي طالب وجهاً في مسألة الطريق بصحة القسمة وبقاء حق الاستطراق فيه للآخر، وبينهما فرق؛ فإن الطريق لا يراد منه سوى الاستطراق؛ فالاشتراك فيه يزيل معنى القسمة والاختصاص، بخلاف إجراء الماء على السطح؛ فإنه لا يمنع صاحب السطح من الانفراد بالانتفاع به بسائر وجوه الانتفاعات المختصة بالملك، والله أعلم.

ومنها: لو باع أرضاً فيها زرع يحصد مرة واحدة ولم يبد صلاحه، أو شجراً عليه ثمر لم يبد صلاحه؛ كان ذلك مبقى في الشجر والأرض إلى وقت الحصاد والجذاذ بغيره أجرة، ولو أراد تفريغ الأرض من الزرع لينتفع بها إلى وقت الجذاذ أو يؤجرها؛ لم يكن له ذلك، كما لا يملك الجار إعارة غيره ما يستحقه من الانتفاع بملك جاره، وكذلك لو باع زرعاً قد بدا صلاحه في أرض؛ فإن عليه إبقاءه إلى وقت صلاحه للحصاد، فأما إن باع شجرة؛ فهل يدخل منبتها في البيع؟

على وجهين، ذكرهما القاضي، وحكى عن ابن شاقلا: أنه لا يدخل، وإن ظاهر كلام أحمدَ الدخولُ؛ حيث قال فيمن أقر بشجرة لرجل هي له بأصلها: وعلى هذا لو انقلعت؛ فله إعادة غيرها مكانها، ولا يجوز ذلك على قول ابن شاقلا؛ كالزرع إذا حصد؛ فلا يكون له في الأرض سوى حق الانتفاع.

النوع الرابع: حق الاختصاص، وهو عبارة عما يستحق الانتفاع به، ولا يملك أحد مزاحمته فيه، وهو غير قابل للتمول والمعاوضات، ويدخل في ذلك صور:

منها: الكلب المباح اقتناؤه؛ كالمعلم لمن يصطاد به، فإن كان ممن لا يصطاد به، أو كان الكلب جرواً يحتاج إلى التعليم؛ فوجهان.

ومنها: الأدهان المتنجسة المنتفع بها بالإيقاد وغيره على القول بالجواز؛ فإما نجسة العين كدهن الميتة؛ فالمذهب المنصوص أنه لا يجوز الانتفاع به، ونقل ابن منصور عن أحمد ما يدل على جوازه.

ومنها: جلد الميتة المدبوغ إذا قيل بجواز الانتفاع به في اليابسات، فأما ما لا يجوز الانتفاع به

---

(١) «المغني» (١٠/ ١٥٢).

من النجاسات بحال؛ فلا يد ثابتة عليه؛ وآية ذلك أنه لا يجب رده على من انتزعه ممن هو في يده، بخلاف ما فيه نفع مباح؛ فإنه يجب رده.

نعم، لو غصب خمراً، فتخللت في يد الغاصب؛ وجب ردها. ذكره القاضي وابن عقيل والأصحاب؛ لأن يد الأول لم تزل عنها بالغصب؛ فكأنها تخللت في يده.

واختلفت عبارات الأصحاب في زوال الملك بمجرد التخمر؛ فأطلق الأكثرون الزوال؛ منهم القاضي وابن عقيل، وظاهر كلام بعضهم أن الملك لم يزل، ومنهم صاحب «المغني»(١) في (كتاب الحج)، وفي كلام القاضي ما يدل عليه.

وبكل حال؛ فلو عادت خلاً؛ عاد الملك الأول بحقوقه من ثبوت الرهينة وغيرها، حتى لو خلف خمراً وديناً، فتخللت الخمر؛ قضي دينه منه، ذكره القاضي في «المجرد» في (كتاب الرهن)، وذكر هو وابن عقيل أيضاً فيه: لو وهب الخمر وأقبضها أو أراقها، فجمعها آخر، فتخللت في يد الثاني؛ فهل هي ملك له أو للأول؟

على احتمالين، وفرقا بين ذلك وبين الغصب، بأن الأول زالت يده عنها بالإراقة والإقباض، وثبتت يد الثاني، بخلاف الغصب، ورجح صاحب «المغني»(٢) أن الرهن لا يبطل بتخمير العصير، وهذا كله يدل على ثبوت اليد على الخمر؛ لإمكان عودها مالاً.

ومنها: مرافق الأملاك؛ كالطرق والأفنية ومسيل المياه ونحوها؛ هل هي مملوكة أو يثبت فيها حق الاختصاص؟

وفي المسألة وجهان:

أحدهما: ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك، وبه جزم القاضي وابن عقيل في (باب إحياء الموات) وفي (الغصب)، ودل عليه نصوص أحمد فيمن حفر في فنائه بئراً؛ أنه متعد بحفره في غير ملك، وطرد القاضي ذلك حتى في حريم البئر، ورتب عليه أنه لو باعه الأرض بفنائها؛

(١) «المغني» (٥/ ١٦٠).
(٢) «المغني» (٤/ ٢٤٦-٢٤٧).

لم يصح البيع لأن الفناء لا يختص به؛ إذ استطراقه عام، بخلاف ما لو باع بطريقها، وأورد ابن عقيل احتمالاً بصحة البيع بالفناء؛ لأنه من الحقوق؛ فهو كمسيل المياه.

والوجه الثاني: الملك، وصرح به الأصحاب في الطرق، وجزم به في الكل صاحب «المغني»[1]، وأخذه من نص أحمد والخرقي على ملك حريم البئر.

ومنها: مرافق الأسواق المتسعة التي يجوز البيع والشراء فيها؛ كالدكاكين المباحة ونحوها؛ فالسابق إليها أحق بها، وهل ينتهي حقه بانتهاء النهار أو يمتد إلى أن ينتقل قماشه عنها؟

على وجهين، وظاهر كلام أحمد في «رواية حرب» الأول بجريان العادة بانتفاء الزيادة عليه.

وعلى الثاني؛ فلو أطال الجلوس؛ فهل يصرف أم لا؟

على وجهين؛ لأنه يفضي إلى الاختصاص بالحق المشترك.

ومنها: الجلوس في المساجد ونحوها لعبادة أو مباح؛ فيكون الجالس أحق بمجلسه إلى أن يقوم عنه باختياره قاطعاً للجلوس، أما إن قام لحاجة عارضة ونية العود؛ فهو أحق بمجلسه ويستثنى من ذلك الصبي إذا قام في صف فاضل أو في وسط الصف؛ فإنه يجوز نقله عنه، صرح به القاضي، وهو ظاهر كلام أحمد، وعليه حمل فعل أبي بن كعب بقيس بن عباد[2].

النوع الخامس: حق التعلق لاستيفاء الحق، وله صور:

منها: تعلق حق المرتهن بالرهن، ومعناه أن جميع أجزاء الرهن محبوس بكل جزء من الدين حتى يستوفي جميعه.

ومنها: تعلق حق الجناية بالجاني، ومعناه أن حقه انحصر في ماليته وله المطالبة بالاستيفاء منه، ويتعلق الحق بمجموع الرقبة لا بقدر الأرش منها على ظاهر كلام الأصحاب، ويباع جميعه في الجناية، ويستوفي منه الحق ويرد الفضل على السيد، وذكر القاضي في «المجرد» أن ظاهر كلام

---

(١) «المغني» (٥/ ٣٣٥-٣٣٦).

(٢) الحديث أخرجه النسائي (٢/ ٨٨)، وعبدالرزاق في «المصنف» (٢٤٦٠)، وابن خزيمة (١٥٧٣)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١/ ١٣٣) وسنده حسن.

أحمد: إنه لا يرد عليه شيء، وهذا صريح في تعلق الحق بالجميع.

وللأصحاب في العبد المرهون إذا جنى وكان في قيمته فضل على الأرش؛ هل يباع جميعه أو بمقدار الأرش؟

فيه وجهان؛ لكن بيع جميعه يندفع به عن السيد ضرر نقص القيمة بالتشقيص.

ومنها: تعلق حق الغرماء بالتركة؛ هل يمنع انتقالها بالإرث؟

على روايتين، وهل هو كتعلق الجناية أو كالرهن؟

اختلف كلام الأصحاب في ذلك، وصرح الأكثرون بأنه كتعلق الرهن، ويفسر بثلاثة أشياء:

أحدها: أن تعلق الدين بالتركة وبكل جزء منها؛ فلا ينقل منها شيء حتى يوفى الدين كله، وصرح بذلك القاضي في «خلافه» إذا كان الوارث واحداً؛ قال: وإن كانوا جماعة؛ انقسم عليهم بالحصص، وتعلق كل حصة من الدين بنظيرها من التركة وبكل جزء منها؛ فلا ينقل شيء منها حتى يوفي جميع تلك الحصة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدَّيْن مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق، صرح به جماعة، منهم صاحب «الترغيب» في التفليس.

والثاني: أن الديْن في الذمة، ويتعلق بالتركة، وهل هو في ذمة الميت أو الورثة؟

على وجهين سبق ذكرهما.

والثالث: أنه يمنع صحة التصرف، وفي ذلك وجهان أيضاً سبقا، وهل يتعلق حقهم بالمال من حين المرض أم لا؟

تردد الأصحاب في ذلك، ونقل الميموني عن أحمد فيمن عليه دين يحيط بجميع ما ترك يجوز له أن يعتق أو يهب (أعني: الميت)؛ قال: نعم. قلت: هذا ليس له مال. قال: أليس ثلثه له؟ قلت: ليس هذا المال له. قال: أليس هو الساعة في يده؟ قلت: بلى! ولكنه لغيره. قال: دعها؛ فإنها مسألة فيها لبس. والذي كان عنده على ما ناظرته أن ذا جائز.

واستشكل القاضي هذه الرواية فيما قرأته بخطه، وجعل ظاهرها صحة الوصية بالثلث مع الدين، وحملها على أحد وجهين: إما أن يكون حكم المريض مع الغرماء كحكمه مع الورثة

لتعلق حق الجميع بماله؛ فلا يكون ممنوعاً من التصرف بالثلث مع واحد منهما، أو أن يقف صحة تصرفه على إجازة الغرماء.

وقال الشيخ تقي الدين: هي تدل على أن الغرماء لا يتعلق حقهم بالمال إلا بعد الموت؛ لأن حقهم في الحياة في ذمته، والورثة لا يتعلق حقهم بالمال مع الدين؛ فيبقى الثلث الذي ملكه الشارع التصرف فيه لا مانع له من التصرف فيه؛ فينفذ تصرفه فيه منجزاً لا معلقاً بالموت، بخلاف الزائد على الثلث إذا لم يكن عليه دين؛ فإن حق الورثة يتعلق به في مرضه؛ إذ لا حق لهم في ذمته.

قلت: وتردد كلام القاضي وابن عقيل في «خلافيهما» في المريض؛ هل لورثته منعه من إنفاق جميع ماله في الشهوات أم لا؟ ففي موضع جزما بثبوت المنع لهم لتعلق حقوقهم بماله، وأنكرا ذلك في مواضع.

ومنها: تعلق حق الموصى له بالمال هل يمنع الانتقال إلى الورثة؟

جعل طائفة من الأصحاب حكمه حكم الدَّيْنِ، ومنهم أبو الخطاب في «انتصاره» وأبو الحسين في «فروعه»[1]، ويشهد لذلك قول طائفة من الأصحاب: إن الموصى به قبل القبول على ملك الورثة. وجزم القاضي في «خلافه» بعدم انتقاله إلى الورثة؛ مفرقاً بين الدين والوصية بأن حق الموصى له في عين التركة، ولا يملك الورثة إبدال حقه، بخلاف الدين؛ فإن حق صاحبه في التركة والذمة، وللورثة التوفية من غيره، وأخذ ذلك مما رواه ابن منصور عن أحمد فيمن أوصى أن يخرج من ماله كذا وكذا في كذا وكذا سنة؛ قال: «لا يقسم المال حتى ينفذوا ما قال؛ إلا أن يضمنوا أن يخرجوا؛ فلهم أن يقسموا البقية».

وكذلك في «المجرد» و «الفصول» في (باب الشركة): «إن الموصى له إن كان معيناً؛ فهو شريك في قدر ما وصى له به، وإن كان غير معين؛ كالفقراء والمساكين؛ لم يجز للورثة التصرف

---

(١) اسم هذا الكتاب «المجموع في الفروع» لمحمد بن محمد بن الحسين بن محمد بن الفراء الحنبلي المعروف بالقاضي أبي الحسين (ت٥٢٦هـ).

حتى يفردوا نصيب الموصى له، ومما يدل على عدم انتقاله إلى الورثة أن المشهور عندنا صحة الوصية بالزائد على الثلث، وأن إجازة الورثة لها تنفيذ لا ابتداء عطية.

ومنها: تعلق الزكاة بالنصاب؛ هل هو تعلق شركة أو ارتهان، أو تعلق الاستيفاء؛ كالجناية؟

اضطرب كلام الأصحاب في ذلك اضطراباً كثيراً، ويتحصل منه ثلاثة أوجه:

أحدها: إنه تعلق شركة، صرح به القاضي في موضع من «شرح المذهب»، وظاهر كلام أبي بكر يدل عليه، وقد بيَّنْتُهُ في موضع آخر.

والثاني: تعلق استيفاء، وصرح به غير واحد؛ منهم القاضي، ثم منهم من يشبهه بتعلق الجناية، ومنهم من يشبهه بتعلق الدين بالتركة.

والثالث: إنه تعلق رهن، وينكشف هذا النزاع بتحرير مسائل:

منها: إن الحق؛ هل يتعلق بجميع النصاب أو بمقدار الزكاة منه؟

غير معين، وقد نقل القاضي وابن عقيل الاتفاق على الثاني.

ومنها: إنه مع التعلق بالمال؛ هل يكون ثابتاً في ذمة المالك أم لا؟

ظاهر كلام الأكثرين أنه على القول بالتعلق بالعين لا يثبت في الذمة منه شيء؛ إلا أن يتلف المال أو يتصرف فيه المالك بعد الحول؛ فظاهر كلام أبي الخطاب[1] وصاحب «المحرر» في «شرح الهداية»: أنا إذا قلنا: الزكاة في الذمة؛ فيتعلق بالعين تعلق استيفاء محض كتعلق الديون بالتركة، وهو اختيار الشيخ تقي الدين شيخ الإسلام ابن تيمية، وهو حسن.

ومنها: منع التصرف، والمذهب أن لا منع كما سبق.

ومنها: أعني صور تعلق الحقوق بالأموال -: تعلق حق غرماء المفلس بماله بعد الحجر، وهو تعلق استحقاق الاستيفاء منه.

---

(١) كتاب الهداية (١/ ٦٤).

ومنها: تعلق ديون الغرماء بمال المأذون له، وقد ذكر القاضي في «المجرد» أن هذا التعلق هل يصح شراء السيد منه كمال المكاتب مع سيده، أو لا كالمرهون بالنسبة إلى الراهن؟

على احتمالين، وهذا لا يتوجه على ظاهر المذهب، وهو تعلق ديونه بذمة السيد، وإنما يتوجه على قولنا: يتعلق برقبة العبد، وقد صرح في «الخلاف الكبير» ببناء المسألة على هذا.

ومنها: تعلق حقوق الفقراء بالهدي والأضاحي المعينة، ويقدمون بما يجب صرفه إليهم منها على الغرماء في حياة الموجب وبعد وفاته.

القاعدة السادسة والثمانون

الملك أربعة أنواع: ملك عين ومنفعة، وملك عين بلا منفعة، وملك منفعة بلا عين، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة.

أما النوع الأول؛ فهو عامة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لها؛ من بيع وهبة وإرث وغير ذلك، واعلم أن ابن عقيل ذكر في «الواضح في أصول الفقه»[١] إجماع الفقهاء على أن العباد لا يملكون الأعيان، وإنما يملك الأعيانَ خالقُها سبحانه وتعالى، وأن العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعاً، فمن كان مالكاً لعموم الانتفاع؛ فهو المالك المطلق، ومن كان مالكاً لنوع منه؛ فملكه مقيد ومختص باسم خاص يمتاز به؛ كالمستأجر والمستعير وغير ذلك، وكذلك ذكر ابن الزَّاغُوني في كتاب «غرر البيان»[٢]، ورجحه الشيخ تقي الدين[٣] رحمه الله تعالى؛ فعلى هذا جميع الأملاك إنما هي ملك انتفاع، ولكن التقسيم ها هنا وارد على المشهور[٤].

النوع الثاني: ملك العين بدون منفعة، وقد أثبته الأصحاب في الوصية بالمنافع لواحد وبالرقبة لآخر، أو تركها للورثة، وقد قال أحمد في رواية مهنا فيمن أوصى بخدمة عبد أو ظهر

---

(١) طبع حديثاً في ثلاث مجلدات بتحقيق عبدالله التركي في دار الرسالة.

(٢) ذكره ابن رجب في «ذيل طبقات الحنابلة» (١/ ١٨١) واسمه «غرر البيان في أصول الفقه» وهو من الكتب المفقودة.

(٣) **ابن عثيمين:** (إذا أطلق فقهاء الحنابلة «تقي الدين» فهو شيخ الإسلام ابن تيمية، أما لو أطلقوا ابن حجر وغيره من المحدثين ذلك فهو ابن دقيق العيد) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين:** (قوله: «المشهور»؛ أي: عند الفقهاء أن هذا يملك العين والمنفعة، أما عند ابن عقيل؛ فإنه لا يمكن أن يملك الأعيان؛ لأن مالكها هو الله سبحانه وتعالى، ولهذا لا يملك الإنسان التصرف فيها كما يشاء، فلو أراد الإنسان أن يحرق ثوبه؛ فإنه لا يملك ذلك، ولو كان مالكاً لعينه؛ لكان له ذلك؛ فحقيقة الأمر أن مالك الأعيان هو الله، لكن إذا ملك الإنسان عموم الانتفاع بحيث لا يعارضه أحد من المخلوقين؛ فهو المالك المطلق الذي يسمى عند الفقهاء مالك العين والمنفعة، وإن لم يملك إلا شيئاً معيناً؛ فهو غير مالك، ويكون بحسب ما تقيّد به من مستأجر أو مستعير أو غير ذلك، والخلاف هنا خلاف لفظي؛ لأننا ما دمنا متفقين على أنه هذا الذي يملك العين لا يمكن أن يتصرف فيها على وجه لم يأذن به الله تعالى، ولكن الخلاف هل الملك لي، أم ملك لله سبحانه وتعالى وأنا أتصرف فيها حسب أمر الله عز وجل؟

وعلى القول الثاني لا يمكن أن يرد علينا تقسيم ملك العين والمنفعة، بل هناك انتفاع مطلق وانتفاع مقيد) ا.هـ

دابة تركب أو بدار تسكن؛ فقال: الدار لا بأس بها، وأكره العبد والدابة؛ لأنهما يموتان. قال أبو بكر: الذي أقول به إن الوصية تصح في جميع ذلك؛ لأن الدار تخرب أيضاً.

وحمل القاضي كلام أحمد على الكراهة دون إبطال الوصية.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: لم يُرِدْ أحمد أن الوصيةَ لا تجوزُ إلا بما يدوم نفعُهُ؛ فإن هذا لا يقوله أدنى مَنْ له نظر في الفقه فضلاً عن أن يكون مثل هذا الإمام، وإنما أراد أن العبد والدابة إذا وصَّى بمنافعهما على التأبيد، فلم يترك للورثة ما ينتفعون به؛ فلا يجوز أن يحسب ذلك عليهم من الميراث؛ فإنه لا فائدة في الرقبة المجردة عن المنافع، بل هو ضرر محض، وقد شرط الله سبحانه وتعالى لجواز الوصية عدم المضارة، لكن إن قصد الموصي إيصال جميع المنافع إلى الموصى له؛ فهذه وصية بالرقبة؛ فلا يحسب على الورثة منها شيء، ولا يصح الإيصاء معها بالرقبة، وإن قصد مع ذلك إبقاء الرقبة للورثة أو الإيصاء بها لآخر؛ بطلت الوصية لامتناع أن تكون المنافع كلها لشخص والرقبة لآخر، ولا سبيل إلى ترجيح أحد الأمرين؛ فيبطلان، أما إن وصى في وقت بالرقبة لشخص، وفي آخر بالمنافع لغيره؛ فهو كما لو وصى بعين لاثنين في وقتين، واستدل[1] على أن تمليك جميع المنافع تمليك للعين بالرُّقبى والعُمْرَى؛ فإنها تمليك للرقبة؛ حيث كانت تمليكاً للمنافع في الحياة، وهذا المعنى منتف في الوصية بسكنى الدار؛ لأن هذا تمليك منفعة خاصة ينتهي بموت الموصى له وبخراب الدار؛ فيعود الملك إلى الورثة كما يعود الملك في السكنى في الحياة.

النوع الثالث: ملك المنفعة بدون عَيْنٍ، وهو ثابت بالاتفاق، وهو ضربان:

أحدهما: ملك مؤبد، ويندرج تحته صور:

منها: الوصية بالمنافع كما سبق، ويشمل جميع أنواعها إلا منفعة البُضْعِ، فإن في دخولها في الوصية وجهين[2].

---

(١) **ابن عثيمين:** (الظاهر أنه شيخ الإسلام ابن تيمية) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (فلو أوصي لشخص بمنفعة هذه الأمة؛ فهو يملك منافعها من الخدمة وغيرها، ولكن هل يملك البضع - أي هل يملك أن يجامعها-؟

فيه وجهان، والراجح أنه لا يملك ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝﴾ [المؤمنون:٥-٦]، وهذا الرجل لا يملك هذه الأمة؛ فلا يحل له أن يستمتع بها) ا.هـ

ومنها: الوقف؛ فإن منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه، وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان لهما فوائد متعددة[١].

ومنها: الأرض الخراجية المُقَرَّة في يد من هي في يده بالخراج يملك منافعها على التأبيد[٢]، والضرب الثاني ملك غير مؤبد؛ (فمنه): الإجارة ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة، (ومنه): ما هو غير مؤقت، لكنه غير لازم؛ كالعارية على وجه وإقطاع الاستغلال[٣].

النوع الرابع: ملك الانتفاع المجرد، وله صور متعددة:

منها: ملك المستعير فإنه يملك الانتفاع لا المنفعة؛ إلا على «رواية ابن منصور» عن أحمد: أن العارية المؤقتة تلزم، كذا قال الأصحاب، ويمكن أن يقال: لزوم العارية المؤقتة إنما يدل على وجوب الوفاء ببدل الانتفاع لا على تمليك المنفعة[٤].

---

(١) ابن عثيمين: (الموقوف عليه يملك المنافع؛ فإذا وقفت البيت؛ فالموقوف عليه يملك السكنى أو الإجارة ونحو ذلك، وإذا وقفت البستان؛ فالموقوف عليه يملك الثمرة، ولكن هل يملك الرقبة؟
فيه خلاف، والمذهب على أنه يملك الرقبة؛ إلا إذا كان الوقف عاماً كالوقف على المساكين أو على ما لا يُملَك؛ كالوقوف على المسجد، وأما إذا كان على قوم معينين؛ فإنهم يملكون الرقبة والمنفعة) ا.هـ

(٢) ابن عثيمين: (الأرض الخراجية: هي الأرض التي غنمها المسلمون، ويُضرب عليها خراج مستمر، بحيث يُقال: على كل كذا وكذا دونم كذا وكذا درهم، أو دينار حسب ما يراه الإمام، وتكون بمنزلة الأجرة لهذه الأرض، لكنها مُؤبَّدة، أي أن صاحب الأرض الذي أخذها وهي خراجية تبقى بيده أبداً، ولا تحتاج إلى ضرب مدة، وإذا انتقلت إلى غيره؛ انتقلت الإجارة إلى الثاني، وتعلقت بذمة الثاني وبرئ الأول منها) ا.هـ

(٣) ابن عثيمين: (قوله: «العارية على وجه»، والوجه الثاني وهو المذهب: أنه لا يملك المنفعة، وإنما يملك الانتفاع، وفرق بين الذي يملك الانتفاع والذي يملك المنفعة؛ فالذي يملك الانتفاع ليس له حق إلا أن ينتفع هو بنفسه؛ فلا يعير لغيره ولا يؤجر غيره، ومالك النفع له أن يعطيه لغيره بعارية أو غيرها، والمذهب أن العارية يملك المستعير منها الانتفاع دون النفع، وكذلك إقطاع الاستغلال، وهو أن الإمام يُقطع هذا الرجل قطعة من الأرض يختص بها، مثل أن يقول: لك هذا المكان تبيع فيه السلع؛ فهذا الرجل يملك الانتفاع ولا يملك المنفعة، وعلى قول آخر: يملك المنفعة، وعليه، فيجوز أن يؤجره غيره، وعلى القول الأول لا يجوز) ا.هـ

(٤) ابن عثيمين: (وهذا هو الأقرب؛ أي: كون العاريّة مؤقتة لازمة لا يدل على أنه يملك المنفعة؛ إذ قد يقال: إن اللازم هو تمليكه الانتفاع، مثاله: أعرت هذا الرجل هذه الفرش لمدة سبعة أيام لأنه يأتيه ضيوف فيحتاج إليها؛ فهل نقول: إنه مالك للمنفعة؟ الجواب: لا، والصحيح أنه مالك للانتفاع، لكنه يلزمه أن يفي بوعده وأن تبقى هذه الفرش عند هذا الرجل سبعة أيام) ا.هـ

ومنها: المنتفع بملك جاره من وضع خشب وممر في دار ونحوه وإن كان بعقد صلح؛ فهو إجارة.

ومنها: إقطاع الأرفاق؛ كمقاعد الأسواق ونحوها.

ومنها: الطعام في دار الحرب قبل حيازته يملك الغانمون الانتفاع به بقدر الحاجة، وقياسه الأكل من الأضحية والثمر المعلق ونحوه.

ومنها: أكل الضيف لطعام المضيف؛ فإنه إباحة محضة لا يحصل به الملك بحال على المشهور عندنا، وعن أحمد رواية بإجزاء الإطعام في الكفارات، وينزل على أحد القولين: إما أن الضيف يملك ما قدم إليه؛ وإن كان ملكاً خاصاً بالنسبة إلى الأكل، وإما أن الكفارة لا يشترط فيها تمليك[١].

ومنها: عقد النكاح، وترددت عبارات الأصحاب في مورده؛ هل هو الملك أو الاستباحة؟ فمن قائل: هو الملك، ثم ترددوا: هل هو ملك منفعة البضع أو ملك الانتفاع بها؟ وقيل: بل هو الحل لا الملك، ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة مع أنه لا ملك لها، وقيل: بل المعقود عليه ازدواج كالمشاركة، ولهذا فرق الله سبحانه وتعالى بين الازدواج وملك اليمين، وإليه ميل الشيخ تقي الدين؛ فيكون من باب المشاركات دون المعارضات[٢].

---

(١) **ابن عثيمين:** (هذا الثاني هو الأقرب: إن الكفارة إطعام وليس بتمليك، وعلى هذا؛ فيجوز على القول الصحيح إذا كان على الإنسان كفارة يمين أن يصنع طعاماً ويدعو إليه عشرة، فإذا طعموا؛ فقد برئت ذمته، ولا يحتاج إلى تمليكهم، وأكل الضيف للطعام؛ هل هو من جنس الانتفاع أو من تمليك المنفعة؟

هو من الانتفاع، ولهذا لو كان الضيف لا يريد الأكل؛ فقال: أعطني طعام الضيافة لأبيعها؛ فيقال له: أنت لا تملك المنفعة، بل الانتفاع) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (وما مال إليه الشيخ ابن تيمية هو الصحيح: إنه من باب المشاركات، وهذا الأخير لا شك أنه هو الأفضل بل هو متعين لأن كل من الزوج والزوجة ينتفعان بهذا العقد وإن كان الأصل أن الزوجة معقود له لكن لا شك أن الزوج والزوجة كلاً منهما ينتفع من الآخر) ا.هـ

القاعدة السابعة والثمانون

فيما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأملاك.

أما الأملاك التامة؛ فقابلة للنقل بالعوض وغيره في الجملة.

وأما ملك المنافع؛ فإن كان بعقد لازم ملك فيه؛ نقل الملك بمثل العقد الذي ملك المنافع؛ فإن كان بعقد لازم ملك فيه؛ نقل الملك بمثل العقد الذي ملك به أو دونه دون ما هو أعلا منه، ويملك المعاوضة عليه أيضاً، صرح بذلك القاضي في «خلافه».

ويندرج تحت هذا صور:

منها: إجارة المستأجر جائزة على المذهب الصحيح بمثل الأجرة وأكثر وأقل.

ومنها: إجارة الوقف.

ومنها: إجارة المنافع الموصى بها، وصرح بها القاضي في «خلافه».

ومنها: إجارة المنافع المستثناة في عقد البيع.

ومنها: إجارة أرض العنوة الخراجية، والمذهب الصحيح صحتها، وهو نص أحمد، ولكن استحب المزارعة فيها على الاستئجار، وحكى القاضي وابن عقيل رواية أخرى بالمنع؛ كرباع مكة، وقد أشار أحمد في «رواية حنبل» إلى كراهة منعها، وسنذكره في موضعه إن شاء الله.

ومنها: إعارة العارية المؤقتة إذا قيل بلزومها وملك المنفعة فيها؛ فإنه يجوز ولا تجوز الإجارة؛ لأنها أعلا، صرح به القاضي في «خلافه».

وأما إجارة إقطاع الاستغلال التي موردها منفعة الأرض دون رقبتها؛ فلا نقل فيها نعلمه، وكلام القاضي قد يشعر بالمنع؛ لأنه جعل مناط صحة الإجارة للمنافع لزوم العقد، وهذا منتف في الإقطاع، وقد قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يجوز، وجعل الخلاف فيه مبتدعاً، وقرره بأن الإمام جعله للجند عوضاً عن أعمالهم؛ فهو كالمملوك بعوض، ولأن إذنه في الإيجار عرفي؛ فجاز كما لو صرح به، ولو تهايأ الشريكان على الأرض، وقلنا: لا يلزم؛ فهل لأحدهما إجارة حصته؟

الأظهر جوازه؛ لأن المهايأة إذا فسخت؛ عاد الملك مشاعاً؛ فيخرج على الخلاف في إجارة المشاع.

وأما ملك الانتفاع وحقوق الاختصاص سوى البضع وحقوق التملك؛ فهل يصح نقل الحق فيها أم لا؟

إن كانت لازمة؛ جاز النقل لمن يقوم مقامه فيها بغير عوض، وفي جوازه بعوض خلاف، وتستثنى من ذلك الحقوق الثابتة دفعاً لضرر الأملاك؛ فلا يصح النقل فيها بحال، وتصح المعاوضة على إثباتها وإسقاطها، ويندرج في ذلك مسائل:

منها: ما ثبتت عليه يد الاختصاص؛ كالكلب والزيت النجس المنتفع به؛ فإنه تنتقل اليد فيه بالإرث، والوصية والإعارة في الكلب وفي الهبة وجهان، اختار القاضي عدم الصحة، وخالفه صاحب «المغني»[1]، وليس بينهما خلاف في الحقيقة؛ لأن نقل اليد في هذه الأعيان بغير عوض جائز؛ كالوصية، وقد صرح به القاضي في «خلافه».

وأما إجارة الكلب؛ فالمذهب أنها لا تصح؛ لأنها معاوضة ولا مالية فيه، وحكى أبو الفتح الحلواني فيها وجهين، وكذلك خرج أبو الخطاب[2] وجهاً بالجواز؛ فيكون معاوضة عن نقل اليد ويرده النهي عن بيعه، وقد كان يمكن جعله معاوضة عن نقل اليد.

ومنها: المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع إلا أن يقول بلزوم العارية كما سبق.

ومنها: مرافق الأملاك من الأفنية والأزقة المشتركة تصح إباحتها، والإذن في الانتفاع بها كالإذن في فتح باب ونحوه؛ قال في «التخليص»: ويكون إعارة على الأشبه، وتجوز المعاوضة عن فتح الأبواب ونحوها، ذكره في «المغني»[3] و«التلخيص»، وهو شبيه بالمصالحة بعوض على إجراء الماء في أرضه أو فتح الباب في حائطه أو وضع الخشب على جداره ونحوه، وهذا يتوجه

(١) «المغني» (٦/ ١٥٢-١٥٣).

(٢) «كتاب الهداية» (١/ ١٨٣).

(٣) «المغني» (٤/ ٣٢٢-٣٢٣).

على القول بملك هذه المرافق، أما على القول بعدم الملك؛ فهو شبيه بنقل اليد بعوض كما سبق، وكذلك ذكر الأصحاب جواز المصالحة عن الروشن الخارج في الدرب المشترك.

وأما الشجرة؛ ففيها خلاف معروف لكونها لا تدوم على حالة واحدة.

وأما الانتفاع بأفنية الأملاك والمساجد بغير إذن من الملاك والإمام؛ فإن كان فيه ضرر؛ لم يجز، وإلا؛ ففي جوازه روايتان، ذكره القاضي في «الأحكام السلطانية»[1]. وتجوز المصالحة بعوض على إسقاط حقه من وضع الخشب على جداره ونحوه، ذكره في «المجرد».

ومنها: متحجر الموات ومن أقطعه الإمام مواتاً ليحييه لا يملكه بمجرد ذلك على المذهب، لكن يثبت له فيه حق التملك؛ فيجوز له نقل الحق إلى غيره بهبة وإعارة، وينتقل إلى ورثته من بعده، وهل له المعاوضة عنه؟

على وجهين أصلهما المعاوضة عن الحقوق؛ فإن هذا حق تملك كما سبق وفارق الشفعة، فإن النقل فيها ممتنع لأنها من حقوق الأملاك؛ فهي مما استُثْنِيَ من القاعدة.

قال أحمد في «رواية ابن منصور»: الشفعة لا تباع ولا توهب[2].

وحمل القاضي قوله: (لا تباع) على أن المشتري ليس له أن يصالح الشفيع عنها بعوض؛ قال: لأنه خيار لا يسقط إلى مال؛ فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط والمجلس، بخلاف خيار القصاص والعيب؛ لأنه يسقط إلى الدية والأرش، والأظهر حمل قول أحمد: «لا تباع ولا توهب» على أن الشفيع ليس له نقلها إلى غيره بعوض ولا غيره، فأما مصالحته للمشتري؛ فهو كالمصلحة عن ترك وضع الخشب على جداره ونحوه.

وذكر القاضي في (باب الشفعة) أيضاً أن خيار العيب تجوز المصالحة عنه بعوض، وعلل بأن العيب يمنع لزوم العقد، ومع عدم اللزوم تجوز الزيادة في الثمن والنقص منه؛ فجعل الصلح ها هنا إسقاطاً من الثمن كالأرش، وعلى قياسه: خيارُ الشرط والمجلس؛ لأن التصرف في الثمن

---

(١) «الأحكام السلطانية» (ص٢٢٥-٢٢٦).

(٢) مسائل أحمد برواية ابن منصور (ص٤٩٧).

بالنقص والزيادة فيه ممكن.

ومنها: الكلأ والماء في الأرض المملوكة إذا قلنا: لا يملكان بدون الحيازة؛ فللمالك الإذن في الأخذ، وليس له المعاوضة عند أكثر الأصحاب.

ووقع في «المقنع»[1] و«المحرر»[2] ما يقتضي حكاية روايتين في جواز المعاوضة، وإن قلنا بعدم الملك -ولعله من باب المعاوضة عما يستحق تملكه-؛ فيلتحق بالقاعدة.

ومنها: مقاعد الأسواق ومجالس المساجد ونحوها يصح نقل الحق فيهما بغير عوض؛ لأن الحق فيهما لازم بالسبق، ولو آثر بها رجلاً فسبق غيره فجلس؛ فهل يكون أحق من المؤثر أو لا؟

على وجهين:

أحدهما: نعم؛ لأن حق القائم زال بانفصاله؛ فصار الحق ثابتاً بالسبق.

والثاني: لا؛ لأنه لو قام لحاجة ونحوها؛ لم يسقط حقه؛ فكذا إذا آثر غيره؛ لأنه أقامه مقام نفسه، وبنى بعضهم هذا الخلاف على القول بعدم كراهية الإيثار بالقرب، فأما إن قلنا بكراهته؛ فالسابق أحق به وجهاً واحداً، وفرق بعضهم بين مجالس المساجد ونحوها ومقاعد الأسواق؛ فأجاز النقل في المقاعد خاصة لأنها منافع دنيوية؛ فهي كالحقوق المالية.

ومنها: الطعام المباح في دار الحرب يجوز نقل اليد فيه إلى من هو من أهل الاستحقاق من المغنم أيضاً لاشتراك الكل في استحقاق الانتفاع، ولا يكون ذلك تمليكاً لانتفاء ملكه بالأخذ حتى لو احتاج إلى صاع من بُرٍّ جيِّد وعنده صاعان رديئان؛ فله أن يبدلهما بصاع؛ إذ هو مأخوذ على الإباحة دون التمليك، صرح به القاضي وابن عقيل.

ومنها: المباح أكله من مال الزكاة والأضاحي يجوز إطعامه الضيفان ونحوهم؛ لاستقرار الحق فيه، بخلاف طعام الضيافة، ولا تجوز المعاوضة عن شيء من ذلك.

---

(١) «المقنع» (٥/ ٣٢٧).
(٢) «المحرر» (١/ ٣٥٥).

ومنها: منافع الأرض الخراجية؛ فيجوز نقلها بغير عوض إلى من يقوم مقامه فيها، وينتقل إلى الوارث؛ فيقوم مقام موروثه فيها، وكذلك يجوز جعلها مهراً، نص عليه في «رواية عبد الله»[1]، ونص في «رواية ابن هانئ»[2] وغيره على جواز دفعها إلى الزوجة عوضاً عما يستحقه عليه من المهر، وهذا معاوضة عن منافعها المملوكة.

فأما البيع؛ فكرهه أحمد ونهى عنه، واختلف قوله في بيع العمارة التي فيها؛ لئلا يتخذ طريقاً إلى بيع رقبة الأرض التي لا تملك، بل هي إما وقف وإما فيء للمسلمين جميعاً، ونص في «رواية المروذي» على أنه يبيع آلات عمارته بما تساوي، وكره أن يبيع بأكثر من ذلك لهذا المعنى، وكذلك نقل عن ابن هانئ[3]: أنه قال: يقوِّم دكانه وما فيه من غلق وكل شيء يحدثه فيه؛ فيعطى ذلك، ولا أرى أن يبيع سكنى دار ولا دكان، ورخص في رواية عنه في شرائها دون بيعها؛ لأن شراءها استنقاذ لها بعوض ممن يتعدى بالتصرف فيها، وهو جائز، ورخص في رواية المروذي أيضاً في بيع ما يحتاج إليه للنفقة منها، وإن كان فيه فضل عن النفقة تصدق به، وكل هذا بناء على أن رقبة هذه الأرض وقفها عمر ﷺ[4].

ومن الأصحاب من حكى رواية أخرى بجواز البيع مطلقاً؛ كالحلواني وابنه، وكذلك خرجها ابن عقيل من نص أحمد على صحة وقفها، ولو كان وقفاً؛ لم يصح وقفها.

وكذلك وقع في كلام أبي بكر وابن شاقلا وابن أبي موسى ما يقتضي الجواز، وله مأخذان:

أحدهما: أن الأرض ليست وقفاً، وهو مأخذ ابن عقيل، وعلى هذا؛ فإن كانت مقسومة؛ فلا إشكال في ملكها، وإن كانت فيئاً لبيت المال -وأكثر كلام أحمد يدل عليه-؛ فهل تصير وقفاً بنفس الانتقال إلى بيت المال أم لا؟

على وجهين، فإن قلنا: لا تصير وقفاً؛ فللإمام بيعها وصرف ثمنها في المصالح، وهل له

---

(١) مسائل أحمد برواية عبدالله (٣٧٧).
(٢) مسائل أحمد برواية ابن هانئ (٢/ ١٠).
(٣) مسائل أحمد برواية ابن هانئ (٢/ ٣).
(٤) مرّ تخريجه.

إقطاعها إقطاع تمليك؟

على وجهين، ذكر ذلك القاضي في «الأحكام السلطانية»[1].

والمأخذ الثاني: أن البيع هنا وارد على المنافع دون الرقبة؛ فهو نقل للمنافع المستحقة بعوض.

وهذا اختيار الشيخ تقي الدين، ويدل عليه من كلام أحمد أنه أجاز دفعها عوضاً عن المهر، ويشهد له ما تقدم من المعاوضة عن المنافع في مسائل متعددة، وإن كان القاضي وابن عقيل والأكثرون صرحوا بعدم صحة بيع المنافع المجردة، والتحقيق في ذلك أن المنافع نوعان:

أحدهما: منافع الأعيان المملوكة التي تقبل المعاوضة مع أعيانها؛ فهذه قد جوز الأصحاب بيعها في مواضع.

منها: أصل وضع الخراج على العنوة إذا قيل: هي فيء؛ فإنه ليس بأجرة، بل هو شبيه بها ومتردد بينها وبين البيع.

ومنها: المصالحة بعوض على وضع الأخشاب وفتح الأبواب ومرور المياه ونحوها، وليس بإجارة محضة؛ لعدم تقدير المدة، وهو شبيه بالبيع.

ومنها: لو أعق عبده واستثنى خدمته سنة؛ فهل له أن يبيعها منه؟

على روايتين ذكرهما ابن أبي موسى، وهما منصوصتان عن أحمد، ولا يقال: هو لا يملك بيع العبد في هذه الحال؛ لأن هذه المنافع كان يملك المعاوضة عنها في حال الرق، وقد استبقاها بعد زواله؛ فاستمر حكم المعاوضة عليها كما يستمر حكم وطء المكاتبة إذا استثناه في عقد المكاتبة، وهل الكتابة إلا عقد معاوضة على المنافع؟!

النوع الثاني: المنافع التي ملكت مجردة عن الأعيان أو كانت أعيانها غير قابلة للمعاوضة؛ فهذا محل الخلاف الذي نتكلم فيه ها هنا، والله أعلم.

---

(١) «الأحكام السلطانية» (ص٢٠٦).

القاعدة الثامنة والثمانون

في الانتفاع وإحداث ما ينتفع به في الطرق المسلوكة في الأمصار والقرى وهوائها وقرارها.

أما الطريق نفسه؛ فإن كان ضيقاً، أو أحدث فيه ما يضر بالمارة؛ فلا يجوز بكل حال، وأما مع السعة وانتفاء الضرر، فإن كان المحدث فيه متأبداً؛ كالبناء والغراس؛ فإن كان لمنفعة خاصة بآحاد الناس؛ لم يجز على المعروف من المذهب، وإن كان لمنفعة عامة؛ ففيه خلاف معروف: منهم من يطلقه، ومنهم من يخصه بحالة انتفاء إذن الإمام فيه، وإن كان غير متأبد ونفعه خاص؛ كالجلوس وإيقاف الدابة؛ ففيه خلاف أيضاً.

وأما القرار الباطن؛ فحكمه حكم الظاهر على المنصوص.

وأما الهواء، فإن كان الانتفاع به خاصّاً بدون إذن الإمام؛ فالمعروف منعه، وبإذنه فيه خلاف، ويندرج تحت ذلك مسائل كثيرة:

منها: إذا حفر في طريق واسع بئراً، فإن كان لنفع المسلمين؛ ففيه طريقان:

أحدهما: إن كان بإذن الإمام؛ جاز، وإن كان بدون إذنه؛ ففيه روايتان، قاله القاضي وابن عقيل وصاحب «المحرر»[1].

والثاني: فيه روايتان على الإطلاق، قاله أبو الخطاب وصاحب «المغني»[2]؛ إذ البئر مظنة العطب، وإن كان الحفر لنفسه ضمن بكل حال؛ ولو كان في فنائه، نص عليه، ولا يجوز إذن الإمام فيه عند الأصحاب.

وفي «الأحكام السلطانية»[3] للقاضي: إن له التصرف في فنائه بما شاء من حفر وغيره إذا لم يضر، وأما في فناء غيره؛ فإن أضر بأهله؛ لم يجز، وإن لم يضر؛ جاز، وهل يعتبر إذنهم أو إذن الإمام في فناء المسجد؟

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٦٣).

(٢) «المغني» (٤/ ٣٢٣).

(٣) «الأحكام السلطانية» (ص٢٢٥-٢٢٦).

على وجهين.

ومنها: إذا بنى مسجداً في طريق واسع، ولم يضر بالمارة؟

قال الأكثرون من الأصحاب: إن كان بإذن الإمام؛ جاز؛ وإلا؛ فروايتان.

وقال أحمد في «رواية ابن الحكم»: أكره الصلاة في المسجد الذي يؤخذ من الطريق؛ إلا أن يكون بإذن الإمام.

ومنهم من أطلق الروايتين، وكلام أحمد أكثره غير مقيد، قال في «رواية المروذي»: المساجد التي في الطرقات حكمها أن تهدم.

وقال إسماعيل الشالنجي: سألت أحمد عن طريق واسع للمسلمين عنه غنى وبهم إلى أن يكون هناك مسجد حاجة؛ هل يجوز أن يبنى هناك مسجد؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يضر بالطريق. قال: وسألت أحمد: هل يبنى على خندق مدينة المسلمين مسجد للمسلمين عامة؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يضر بالطريق.

قال الجوزجاني في «المترجم»[1]: والذي عنى أحمد من الضرر بالطريق ما وقت النبي ﷺ من السبع الأذرع، كذا قال، ومراده أنه يجوز البناء إذا فضل من الطريق سبعة أذرع، والمنصوص عن أحمد إن قول النبي ﷺ: «إذا اختلفتم في الطريق؛ فاجعلوه سبعة أذرع»[2] في أرض مملوكة لقوم أرادوا البناء فيها، وتشاجروا في مقدار ما يتركونه منها للطريق، وبذلك فسره ابنُ بطة وأبو حفص العكبري والأصحاب، وأنكروا جواز تضييق الطريق الواسع إلى أن يبقى منه سبعة أذرع.

ومنها: بناء غير المساجد في الطرقات، فإن كان البناء للوقف على المسجد؛ فهو كبناء المسجد، قاله الشيخ تقي الدين بن تيمية[3]، وكذا إن كان لمصلحة عامة؛ كخان مسبل ونحوه،

---

(١) هذا الكتاب من الكتب المفقودة للجوزجاني (ت٢٥٩هـ) وقد ذكره عدّة من الكتاب كابن قدامة في «المغني»، وابن القيم في حاشيته على مختصر السنن، وابن حجر في تلخيص الحبير، وذكره ابن رجب نفسه في عدة من كتبه.

(٢) يشير إلى ما رواه البخاري (٢٤٧٣) عن أبي هريرة: قضى النبي ﷺ إذا تشاجروا في الطريق الميتاء بسبعة أذرع» وقريباً منه في مسلم (١٦١٣).

(٣) «الاختيارات» (ص١٧٦).

وإن كان لمنفعة تختص بآحاد الناس؛ فالمشهور عدم جوازه؛ لأن الطريق مشترك؛ فلا يملك أحد إسقاط الحق المشترك منه والاختصاص به، ولا يملك الإمام الإذن في ذلك.

وفي «كتاب الطرقات»[1] لابن بطة: إن بعض الأصحاب أفتى بجوازه، وأخذه من نص أحمد في بناء المسجد، والفرق واضح؛ لأن المسجد حق الاشتراك فيه باقٍ، غير أنه انتقل من استحقاق المرور إلى استحقاق اللبث للعبادة.

وكلام أحمد يدل على المنع، قال في رواية ابن القاسم: إذا كان الطريق قد سلكه الناس وصير طريقاً؛ فليس لأحد أن يأخذ منه شيئاً قليلاً ولا كثيراً.

وقال في «رواية العباس بن موسى»: إذا نضب الماء عن جزيرة؛ لم يبن فيها لأن فيه ضرراً، وهو أن الماء يرجع. قال القاضي: معناه إذا بنى في طريق المارة، فيضر بالمارة في ذلك الطريق؛ فلم يجوزه، وكره في «رواية ابن بختان» أن يطحن في الغروب، وقال: ربما غرقت السفن، وقال في «رواية مثنى»: إذا كانت في طريق الناس؛ فلا يعجبني والغروب كأنها طاحونة تصنع في النهر الذي تجري فيه السفن، وكره شراء ما يطحن فيها، وذكر ابن عقيل في الغربة في النهر: إن كان وضعها بإذن الإمام، والطريق واسع، والجريان معتدل بحيث يمكن الاحتراز منه؛ جاز، وإلا؛ لم يجز، ولعل الغربة -كالسفينة- لا تتأبد، بخلاف البناء، وحكم الغراس حكم البناء، وقد قال أحمد في النخلة المغروسة في المسجد: إنها غرست بغير حق؛ فلا أحب الأكل منها، ولو قلعها الإمام كان أولى، ومن الأصحاب من أطلق فيها الكراهة؛ كصاحب «المبهج»، وجعل ثمرها لجيران المسجد الفقراء، ونص أحمد في «رواية ابن هانئ» و«ابن بختان» في دار السبيل يغرس فيها كرم؛ قال: إن كان يضر بهم؛ فلا، وظاهره جوازه، مع انتفاء الضرر، ولعل الغرس كان لجهة السبيل أيضاً.

ومنها: اختصاص آحاد الناس في الطريق بانتفاع لا يتأبد، فمن ذلك الجلوس للبيع والشراء؛ فقال الأكثرون: إن كان الطريق واسعاً ولا ضرر في الجلوس بالمارة؛ جاز بإذن الإمام

---

(١) «كتاب الطرقات» لابن بَطَّة عبيدالله بن محمد بن محمد بن حمدان (ت٤٨٤هـ) لم أجد مَنْ نسبه له. ولعله أحد الأبواب من كتاب «السنن» له.

وبدون إذنه، وإلا؛ لم يجز، وللإمام أن يقطعه من شاء، وذكر القاضي في «الأحكام السلطانية»[(١)] في جوازه بدون إذن الإمام روايتين، وحكى في كتاب «الروايتين»[(٢)] في المسألة روايتين الجواز والمنع، ثم حملهما على اختلاف حالين؛ فالجواز إذا لم يضر بالمارة والمنع إذا ضر، وجعل حق الجلوس كحق الاستطراق؛ لأنه لا يعطل حق المرور بالكلية؛ فهو كالقيام فيها لحاجة، وأظن ابن بطة حكى فيه روايتين مطلقتين في الجواز وعدمه، وكذلك ذكر صاحب «المقنع»[(٣)] في الجلوس في الطريق الواسع؛ هل يوجب ضمان ما عثر به؟

على وجهين، وذلك يدل على الخلاف في جوازه.

وأما القاضي؛ فقال: لا يضمن بالجلوس، رواية واحدة، ومن ذلك لو ربط دابته أو أوقفها في الطريق، والمنصوص منعه، قال في رواية أبي الحارث: إذا أقام دابته على الطريق؛ فهو ضامن لما جنت ليس له في الطريق حق.

وكذلك نقل عنه أبو طالب وحنبل ضمان جناية الدابة إذا ربطها في الطريق، وكذلك أطلق ابن أبي موسى وأبو الخطاب من غير تفريق بين حالة التضييق والسعة، ومأخذه أن طبع الدابة الجناية بفمها أو رجلها؛ فإيقافها في الطريق كوضع الحجر ونصب السكين فيه.

وحكى القاضي في «كتاب الروايتين»[(٤)] رواية أخرى بعدم الضمان إذا وقف في طريق واسع؛ لقول أحمد في رواية أحمد بن سعيد: إذا وقف على نحو ما يقف الناس أو في موضع يجوز أن يقف في مثله، فنفحت بيد أو رجل؛ فلا شيء عليه. قال القاضي: ظاهره أنه لا ضمان إذا كان واقفاً لحاجة، وكان الطريق واسعاً.

وأما الآمدي؛ فحمل المنع على حالة ضيق الطريق والجواز على حالة سعته، والمذهب عنده الجواز مع السعة وعدم الإضرار رواية واحدة.

---

(١) «الأحكام السلطانية» (ص٢٢٦).

(٢) «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (١/ ٤٥٣).

(٣) «المقنع» (٤/ ٢٩٦).

(٤) «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (٢/ ٣٥٠).

ومن المتأخرين من جعل المذهب المنع رواية واحدة، وصرح صاحب «التلخيص» بجريان الخلاف في صورتي القيام والربط، وخالف بعض المتأخرين، وقال: الربط عدوان بكل حال، وربط السفينة وإرساؤها في النهر المسلوك؛ قال ابن عقيل: إن كان بإذن الإمام، والطريق واسع، والجريان معتدل؛ جاز، وإلا؛ لم يجز.

وخالف بعض الأصحاب في اعتبار إذن الإمام في هذا لتكرره، قال الميموني: ملت أنا وأبو عبد الله إلى الزواريق (يعني: في دجلة)، فاكترى زورقاً من الزواريق، فرأيته يتخطى زواريق عدة لأناس ولم أره استأذن أحداً منهم؛ قال بعض الأصحاب: لأنه حريم دجلة، وهو مشترك بين المسلمين، فلما ضيقوه؛ جاز المشي عليه.

وعلى قياس ذلك لو وضع في المسجد سرير ونحوه جازت الصلاة عليه من غير استئذان، بخلاف ما إذا بسط فيه مصلى وقلنا: لا يثبت به السبق؛ فإنه يرفع ويصلي في موضعه، ولا يصلي عليه؛ لأن رفعه لا مشقة فيه.

ومن ذلك الانتفاع بالطريق بإلقاء الكناسة والأقذار، فإن كان نجاسة؛ فهو كالتخلي في الطريق، وهو منهي عنه، لكن هل هو نهي كراهة أو نهي تحريم؟

كلام الأصحاب مختلف في ذلك، وإن كان مما يحصل بن الزلق؛ كرش الماء وصبه وإلقاء قشور البطيخ، أو يحصل به العثور؛ كالحجر؛ فلا يجوز، والضمان واجب به، وقد نص عليه أحمد في رش الماء، قال في «الترغيب»: إلا أن يرشه ليسكن الغبار؛ فهو مصلحة عامة، فيصير كحفر البئر للسابلة، وفيه روايتان.

ومنها: الحفر في الطريق، وهو ممنوع؛ سواء تركه ظاهراً أو غطاه وأسقف عليه، قال المروذي: سألت أبا عبد الله عن الرجل يحفر في فنائه البئر أو المخرج المغلق؟ قال: لا، هذا طريق للمسلمين. قلت: إنما هي بئر تحفر وتسد رأسها. قال: أليس في طريق المسلمين؟! أكره هذا كله. فمنع من التصرف في باطن الطريق بالحفر.

ونقل عنه ابن هانئ وابن بختان والفضل بن زياد في رجل في داره شجرة، فنبت من عروقها شجرة في دار رجل آخر: لمن هذه الشجرة؟ قال: ما أدري ما هذا؟ ربما كان ضرراً على

صاحب الأرض.

قال القاضي: وظاهر هذا أنه إذا لم يكن فيها ضرر -وهو أن تكون عروقها تحت الأرض-؛ لا يؤخذ بقلها؛ لأن الضرر إنما يكون بظهورها على وجه الأرض. انتهى.

وفيه نظر، وصرح ابن عقيل في «الواضح في أصول الفقه» بوجوب إزالة عروق شجرته من أرض غيره.

ومنها: إشراع الأجنحة والساباطات والخشب والحجارة في الجدار إلى الطريق؛ فلا يجوز، ويضمن به، نص عليه أحمد في «رواية أبي طالب» و «ابن منصور» ومهنا وغيرهم، ولم يعتبر إذن الإمام في ذلك، وكذا ذكر القاضي في «المجرد» وصاحب «المغني»[1]، وقال القاضي في «خلافه»: والأكثرون يجوز بإذن الإمام مع انتفاء الضرر به، وفي «شرح الهداية» للشيخ مجد الدين في (كتاب الصلاة): إن كان لا يضر بالمارة؛ جاز، وهل يفتقر إلى إذن الإمام؟

على روايتين:

إحداهما: يفتقر؛ لأنه ملك مشترك بين المسلمين؛ فلا يجوز تخصيصه بجهة خاصة إلا للإمام.

والثانية: لا يفتقر؛ لأن منفعة الطريق المرور، وهو لا يختل بذلك.

وأما الميازيب ومسيل المياه؛ فكذلك عند الأصحاب، قال المروذي: سقف لأبي عبد الله سطح الحاكة، وجعل مسيل المياه إلى الطريق، وبات تلك الليلة، فلما أصبح؛ قال: ادع لي النجار يحول الميزاب إلى الدار، فدعوته له، فحوله، وهذا لا يدل على التحريم؛ لأنه لو اعتقده محرماً لم يفعله ابتداءً، وإنما حوله تورعاً لحصول الشبهة فيه.

وفي «المغني»[2] احتمال بجوازه مطلقاً مع انتفاء الضرر، واختاره طائفة من المتأخرين، وقال

(١) «المغني» (٤/ ٣٢٢).

(٢) «المغني» (٤/ ٣٢٣).

الشيخ تقي الدين: إخراج الميازيب إلى الدرب النافذ هو السُّنة[١]، وذكر حديث العباس في ذلك[٢]، والمانعون يقولون: ميزاب العباس وضعه النبي ﷺ بيده؛ فكان أبلغ من إذنه فيه، ولا كلام فيما أذن به الإمام.

(١) «مجموع الفتاوى» (٣٠/ ٤٠٢).

(٢) حديث العباس هو: إنه كان في دار العباس عم النبي ﷺ ميزاب يصب في المسجد فجاء عمر فقلعه، فقال العباس إنّ النبي هو وضعه بيده. فقال عمر: لا يكون لك سُلّم إلا ظهري حتى تردُّه مكانه» وهو حديث رواه أبوداود في المراسيل (٤٠٦)، عبدالرزاق في المصنف (١٥٢٦٤)، وكلهم رووه مرسلاً.
ورواه متصلاً الإمام أحمد (١/ ٢١٠)، وابن سعد (٤/ ٢٠) وهو منقطع.
وذكره ابن أبي حاتم في العلل (١٣٩٨).

القاعدة التاسعة والثمانون

أسباب الضمان ثلاثة: عقد، ويد، وإتلاف.

أما عقود الضمان؛ فقد سبق ذكرها، وكذلك سبق ذكر الأيدي الضامنة.

وأما الإتلاف؛ فالمراد به أن يباشر الإتلاف بسبب يقتضيه؛ كالقتل والإحراق، أو ينصب سبباً عدواناً فيحصل به الإتلاف؛ بأن يحفر بئراً في غير ملكه عدواناً، أو يؤجج ناراً في يوم ريح عاصف فيتعدى إلى إتلاف مال الغير، أو كان الماء محتبساً بشيء وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه، وسواء كان له اختيار في انطلاقه أو لم يكن؛ فدخل تحت ذلك ما إذا حل وكاء زق مائع فاندفق، أو فتح قفصاً عن طائر فطار، أو حل قيد عبد آبق فهرب، هذا هو الذي ذكره ابن حامد والقاضي والأكثرون؛ لأنه تسبب إلى الإتلاف بما يقتضيه عادة.

واستثنى ابن عقيل في «فنونه» ما كان من الطيور يألف الرواح ويعتاد العود؛ فقال: لا ضمان في إطلاقه وإن لم يعد؛ لأن العادة جارية بعوده؛ فليس إطلاقه إتلافاً.

وقال أيضاً في «الفنون»: الصحيح التفرقة بين ما يحال الضمان على فعله؛ كالآدمي، وما لا يحال عليه الضمان؛ كالحيوانات والجمادات، فإذا حل قيد العبد؛ لم يضمن لأن العبد له اختيار، ويصح إحالة الضمان عليه؛ فيقطع مباشرته للتلف لتسبب مطلقه، وهذا الذي قاله إنما يصح لو كان العبد من أهل الضمان لسيده، فأما إذا لم يكن من أهل الضمان للسيد؛ تعين إحالة الضمان على المتسبب، ولهذا قال الأصحاب: إن جناية العبد المغصوب على سيده مضمونة على الغاصب، حيث لم يكن العبد من أهل الضمان للسيد، فأحيل على الغاصب لتعديه بوضع يده عليه، مع أنه ليس سبباً للجناية.

ولكن خرج ابن الزاغوني في «الإقناع» وجهاً آخر: أنه لا ضمان على الغاصب؛ لأن الجناية من أصلها غير قابلة للتضمين لتعلقها بالرقبة المملوكة للمجني عليه؛ فلا يلزم الغاصب منها شيء، ولا يلزم مثله في مطلق العبد؛ لأنه متسبب إلى الإتلاف، فإذا لم يمكن إحالة الضمان على المباشر؛ أحيل على المتسبب صيانة للجناية على مال المعصوم عن الإهدار مهما أمكن.

وخرج الآمدي وجهاً آخر: أن جناية العبد على سيده مضمونة عليه في ذمته، يتبع بها بعد عتقه، وها هنا فرع متردد فيه بين ضمان اليد والإتلاف، وهو ما إذا حفر بئراً عدواناً أو نصب شبكة أو منجلاً للصيد، ثم مات، ثم وقع في البئر حيوان مضمون أو عثر بآلات الصيد حيوان مضمون؛ فإن جعلناه من باب الإتلاف؛ ضمن من التركة، وبه صرح القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول» في (باب الرهن)؛ حتى قالا: لو بيعت التركة؛ لفسخ في قدر الضمان منها لسبق سببه، ولو كانت التركة عبداً فأعتقه الورثة قبل الوقوع ضمنوا قيمة العبد؛ كالمرهون، صرح به القاضي في «الخلاف»، وإنْ جعلناه من ضمان اليد؛ فهل يجعل كيده المشاهدة بعد الموت، أو يجعل اليد لمن انتقل الملك إليه؟

يحتمل على وجهين أصلهما اختلاف الأصحاب فيما لو نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته؛ هل هو تركة موروثة جعلاً لها كيده المشاهدة، أو هو ملك للورثة لأنه صار كأيديهم؟

والذي صرح به القاضي وابن عقيل: أنه تركه موروثة، وقال أبو الخطاب في «الانتصار»: بل هو ملك للوارث بانتقال ملك الشبكة إليه، كما يتولد من النتاج الموروث ويثمر من الشجر، وأما في العدوان المجرد؛ فيحتمل أن ينقطع حكمه بالموت، ويحتمل أن يكون ضمانه مِنْ تَرِكَةِ المتعدِّي لانعقاد سببه في حياته، ويشبه ذلك الخلاف فيمن مال حائطه، فطولب بنقضه، فباعه، ثم سقط؛ هل يسقط عنه الضمان؟

فيه وجهان سبق ذكرهما، وهل يجب الضمان على من انتقل الملك إليه إذا استدامه أم لا؟

الأظهر وجوبه عليه كمن اشترى حائطاً مائلاً؛ فإنه يقوم مقام البائع فيه، فإذا طولب بإزالته فلم يفعل؛ ضمن على رواية، ولو حفر عبده بئراً عدواناً بغير إذنه، ثم أعتقه، ثم تلف بها مال أو غيره؛ ففي «المغني»[1] الضمان على العبد لاستقلاله بالجناية، وفي «التلخيص»: هو على السيد بقدر قيمة العبد فما دون لثبوته عليه قبل العتق بذلك؛ فقد وجد السبب في ملكه، فلا ينتقل، وهو بعيد.

---

(١) «المغني» (٤/ ١٢٣).

تنبيه:

لو أتلف الغاصب المغصوب ضمنه ضمان إتلاف ويد، وقد نص أحمد على أن من أمسك صيداً في الحرم، ثم كفر عنه، ثم ذبحه: أنه يجزئه، وهذا يدل على أنه جعله ضمان يد، وإلا؛ لما جاز تقديم كفارة الإتلاف عليه، ويدل أيضاً على جواز تقديم الكفارة، وإن كان يمكن أن يوجبها معصية، وفيه وجه بالمنع ذكره القاضي في «تعليقه»؛ لأن التقديم رخصة؛ فلا تستباح بمحرم.

القاعدة التسعون

الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة:

يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك؛ فينتفي الضمان عما يستولي عليه، سواء حصل الملك به أو لم يحصل.

ويد لا يثبت لها الملك وينتفي عنها الضمان.

ويد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان.

أما الأولى؛ فيدخل فيها صور:

منها: استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب.

ومنها: استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين؛ لأنهم يملكون علينا بالاستيلاء، وهو المشهور عند الأصحاب، وينتفي الضمان عنهم فيما لم يملكوه أيضاً مما تثبت عليه الأيدي؛ كأم الولد، وما لم يحوزوه إلى دارهم وما شرد إليهم من دواب المسلمين وأرقائهم على قولنا: إنهم لا يملكون ذلك.

ومنها: استيلاء الأب على مال الابن، فإن كان استيلاء يحصل به الملك؛ فلا إشكال في انتفاء الضمان، وإن كان على غير وجه التملك؛ فلا يثبت به الضمان، ولو أتلفه على أصح الوجهين، وهو المذهب عند صاحب «المحرر».

وأما اليد الثانية؛ فيدخل فيها صور:

ومنها: من له ولاية شرعية بالقبض.

ومنها: من قبض المال لحفظه على المالك؛ فإنه لا يضمنه، وقد نص أحمد فيمن أخذ آبقاً ليرده على سيده، فهرب منه: أنه لا ضمان عليه، لكن أخذ الآبق فيه إذن شرعي.

وفي «التلخيص» وجه آخر بالضمان في المستنقذ من الغاصب للرد لعدم الولاية، وهو ضعيف، ولو كان القابض حاكماً؛ فهو أولى بنفي الضمان لعموم ولايته.

وفي «التلخيص» فيما إذا حمل المغصوب إليه ليدفعه إلى مالكه؛ فهل يلزمه قبوله؟

على وجهين، وصحح اللزوم، وهو تفريق بين الحاكم وغيره، وفي «المجرد» و «الفصول» و«المغني»: ليس للحاكم انتزاع مال الغائب المغصوب إلا أن يكون له ولاية عليه بوجه ما، مثل أن يجده في تركه ميت ووارثه غائب؛ فله الأخذ لأن له ولاية على تركة الميت بتنفيذ وصاياه وقضاء ديونه، أو يجدها في يد سارق فيقطعه وينتزع منه العين تبعاً لولاية القطع.

والمسألة مذكورة في مسالة وجوب القصاص للغائب ومسألة قطع السارق لمال الغائب.

ومنها: الطائفة الممتنعة عن حكم الإمام كالبغاة؛ لا يضمن الإمام، وطائفته ما أتلفوه عليهم حال الحرب، وفي تضمينهم ما أتلفوه على الإمام في تلك الحال روايتان، أصحهما نفي الضمان إلحاقاً لهم بأهل الحرب، وأما أهل الردة إذا لحقوا بدار الحرب أو اجتمعوا بدار منفردين ولهم منفعة؛ ففي تضمينهم روايتان أيضاً، واختار أبو بكر عدم التضمين إلحاقاً لهم بأهل دار الحرب.

وأما اليد الثالثة؛ فهي اليد العارية التي يترتب عليها الضمان.

القاعدة الحادية والتسعون

يضمن بالعقد وباليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل.

فأما غير المنقول؛ فالمشهور عند الأصحاب أنه يضمن بالعقد وباليد أيضاً، كما يضمن في عقود التمليكات بالاتفاق، ونقل ابن منصور عن أحمد[1]: أن العقار لا يضمن بمجرد اليد في الغصب من غير إتلاف، وكذلك قال أبو حفص العكبري في العارية فيما قرأته بخط القاضي.

وأما المنقول؛ فإن حصل نقله؛ ترتب عليه ضمان اليد والعقد، وإن لم يوجد النقل؛ فهل يضمن بالعقد؟ فيه كلام سبق في أحكام القبوض.

وأما اليد المجردة؛ فقال القاضي في «خلافه»: لا يتوقف الضمان بها على النقل أيضاً؛ كالعقد، وكما يصير المودع ضامناً بمجرد جحود الوديعة من غير نقل ولا إزالة يد، ورتب على ذلك أنه لو باع الغاصب العين المغصوبة وخلى بينها وبين المشتري، فتلفت قبل النقل، ثم جاء المالك: أن له تضمين المشتري. قال: وإن سلمناه (يعني: منع تضمينه)؛ فلأنه لم يحصل كمال الاستيلاء، وهو النقل فيما يمكن نقله، وجزم ابن عقيل في «نظرياته» بأن المشتري ها هنا لا يضمنه ضمان غصب، وإن كان يضمنه في البيع الصحيح ضمان عقد بمجرد التخلية وقاسه على العقار، فإن البائع إذا خلى بينه وبين المشتري، صار من ضمانه بالعقد، ولو ظهر له مستحق؛ لم يضمنه بذلك ضمان غصب، وإنما تردد في هذا؛ لأنه فرع متردد بين الضمان بالعقد وباليد، وفي «التلخيص» إثبات اليد فيما ينقل بالنقل؛ إلا في الدابة؛ فإن ركوبها كافٍ، وكذلك الجلوس على الفرش؛ لأنه غاية الاستيلاء، وصرح القاضي في «خلافه» بمثل ذلك في الدابة.

وأما غير الأموال المحضة؛ فنوعان:

أحدهما: ما فيه شائبة الحرية لثبوت بعض أحكامها دون حقيقتها؛ كأم الولد والمكاتب والمدبر؛ فيضمن باليد على ما ذكره القاضي والأصحاب، وكذلك يضمن بالعقد الفاسد في قياس المذهب، قاله أبو البركات في «تعليقه على الهداية».

---

(١) مسائل أحمد لابن منصور (ص٢٦٦).

والثاني: الحر المحض؛ هل تثبت عليه اليد فيترتب عليها الضمان أم لا؟

المعروف من المذهب أن الحر لا تثبت عليه اليد؛ فلا يضمن بها بحال، ولو كان تابعاً لمن تثبت عليه اليد كمن غصب أمة حاملاً بحر، ذكره القاضي في «خلافه» بما يشعر أنه محل وفاق، وحكى القاضي في «خلافه» وتابعه صاحب «المحرر»[1] في ثبوت اليد على الحر الصغير وضمانه بالتلف تحتها روايتين منصوصتين لشبهه بالعبد، حيث يتمكن من دعوى نسبه مع جهالته ودعوى رقه، وقال القاضي في مواضع متعددة من «خلافه»: تثبت اليد على الحر الكبير بالعقد دون اليد. وبنى على ذلك أن الأجير الخاص إذا سلم نفسه إلى مستأجره، فلم يستعمله؛ استقرت له الأجرة لتلف منافعه تحت يده.

وكذلك يجب المهر بالخلوة في النكاح الفاسد عندنا لدخول المنفعة تحت اليد بالتمكن من الاستيفاء، وكذلك لو تداعا اثنان زوجية امرأة، وأقاما البينة وهي في يد أحدهما؛ فهي له ترجيحاً باليد، كذا ذكره القاضي، وإنما يتوجه على قولنا بتقديم بينة الداخل.

وحكى صاحب «التلخيص» وجهاً بثبوت اليد على منافع الحر دون ذاته، ورتب عليه صحة إجارة المستأجر للأجير الخاص، وجزم الأزجي في «النهاية» بصحته، وبنى عليه جواز إجارة الكافر للمسلم المستأجر معه، وذكر احتمالين، وبنى صاحب «التلخيص» أيضاً على ذلك مسألة غصب الحر وحبسه عن العمل، فإن في وجوب ضمان أجرته وجهين.

تنبيه:

من الأصحاب من قال: منفعة البضع لا تدخل تحت اليد، وبه جزم القاضي في «خلافه» وابن عقيل في «تذكرته» وغيرهما، وفرعوا عليه صحة تزويج الأمة المغصوبة، وأن الغاصب لا يضمن مهرها ولو حبسها عن النكاح حتى فات بالكبر.

وخالف ابن المَنِّيِّ، وجزم في «تعليقه»[2] بضمان مهر الأمة بتفويت النكاح، وذكر في الحرة

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٦٢،٣٦٣).

(٢) هو نصر بن فتيان بن مطر النُّهرواني (ت٥٨٣هـ).

تردداً لامتناع ثبوت اليد عليها، وقد يتفرع على ذلك أن الأمة الموطوءة بغير إذن المالك لو حملت ثم تلفت من الولادة ضمنها الواطئ، بخلاف الحرة إذا زنى بها كرهاً. فحملت، ثم ماتت من الطلق؛ قال في «التلخيص»: لأن الاستيلاد كأنه إثبات يد وهلاك تحت اليد المستولية على الرحم، والحرة لا تدخل تحت اليد، ومجرد السبب ضعيف. وفي «المغني» يضمنها مطلقاً بحصول التسبب في التلف.

القاعدة الثانية والتسعون

هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك أم لا؟

في المسألة خلاف، وقد قال أحمد في «رواية ابن الحكم» فيمن أسره أهل الحرب ومعه جاريته: أنها ملكه. مع أن مذهبه المشهور عنه أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء، والأظهر أنه إن زال امتناع المالك وسلطانه؛ ثبت الضمان، وإلا؛ فلا، ويتفرع على ذلك مسائل:

منها: لو غصب دابة عليها مالكها ومتاعه؛ ففي «الخلاف الكبير» لا يضمن، وكذلك قال الأصحاب: لو استولى على حر كبير لم يضمن ثيابه؛ لأنها في يد المالك، ولو كان الحر صغيراً، وقلنا: لا تثبت اليد عليه؛ ففي ثيابه وجهان نظراً إلى أن يده لا قوة لها على المنع، وهذا يشهد لاعتبار بقاء الامتناع في انتفاء الضمان.

ومنها: لو استأجر الدابة إلى مسافة فزاد عليها، أو لحمل شيء فزاد عليه، وهي في يد المؤجر فتلفت؛ قال في «المجرد»: يضمن؛ لتعدِّيه بالزيادة، وسكوت المالك لا يمنع الضمان؛ كمن خرق ثوبه وهو لا يمنع. وفي «التلخيص»: يضمن إذا تلفت بفعل الله تعالى، وإن تلفت بالحمل؛ ففي تكميل الضمان عليه وتنصيفه وجهان، ويتوجه التفريق بين أن يكون قادراً على الامتناع، أو لا يكون كذلك؛ فيجب الضمان مع عدم القدرة، كمن غصب دابة وأكره المالك على أن يحمل له عليها متاعه، فإن هذا زيادة عدوان؛ فلا يسقط به الضمان.

ومنها: الأجير المشترك إذا جنت يده على العين المستأجرة على العمل فيها ويد صاحبها ثابتة عليها؛ فلا ضمان، قاله القاضي في «المجرد»، قال: لأنه ليس بأكثر من الغاصب، والغاصب لا يضمن ما دام يد صاحبه ثابتة عليه. انتهى.

ومراده بثبوت يد صاحبه ثبوت سلطته وتصرفه، ولهذا لو أعاد الغاصب المغصوب إلى يد المالك على وجه لا يعود تصرفه إليه مثل: إن رهنه عنده، أو استأجره للعمل فيه؛ لم يبرأ بذلك على الصحيح؛ إلا أن يعلم أنه ملكه.

ومنها: لو دخل دار إنسان بغير إذنه أو جلس على بساطه بغير إذنه، والمالك جالس في

الدار أو على البساط؛ ففي «الخلاف الكبير»: لا ضمان، وعلل بانتفاء الحيلولة ورفع اليد، وكذلك قال فيمن ركب دابة غيره: إن حال بينه وبينها ورفع يده عنها؛ ضمن، وهذا يرجع إلى اشتراط القهر والحيلولة للضمان.

وفي «التلخيص»: لو دخل دار المالك وهو فيها قاصداً للغصب؛ فهو غاصب للنصف لاجتماع يدهما واستيلائهما بشرط قوة الداخل وتمكنه من القهر، وإن كان المالك غائباً؛ فالدخول غصب بكل حال لحصول الاستيلاء به.

وذكر بعض أصحابنا في «خلافه»: أن الجالس على بساط غيره بغير إذنه يكون ضامناً لما جلس عليه منه، والداخل إن دخل بنية الغصب صار غاصباً.

ومنها: لو أردف المالك خلفه على الدابة، فتلفت؛ فهل يضمن الرديف نصف القيمة لكونه مستعيراً، أم لا لثبوت يد المالك عليها؟

ذكر في «التلخيص» احتمالين، وصحح الثاني.

تنبيه:

لو كانت العين ملكاً لاثنين، فرفع الغاصب يد أحدهما ووضع يده موضع يده، وأقر الآخر على حاله؛ فهل يكون غاصباً لنصيب من رفع يده خاصة، أم هو غاصب لنصف العين من الشركين مشاعاً؟

قال القاضي وابن عقيل: هو غاصب لنصف من رفع يده فقط، ورجحه الشيخ تقي الدين[1] مستدلاً بأن الأعمال بالنيات؛ فعلى هذا، لو استغل الغاصب والشريك الملك، أو انتفعا به؛ لم يلزم هذا الشريك لشريكه المخرج شيء، فلو باعا العين؛ صح في نصيب الشريك البائع كله وبطل في النصف الذي باعه الغاصب، والمنصوص عن أحمد يدل على خلاف ذلك؛ لأنه نص في «رواية حرب» على أن من غصب من قوم ضيعة ثم رد إلى أحدهم نصيبه مشاعاً؛ لم يطب للمردود عليه الانفراد بما رد عليه، وهو يشبه أصله المنصوص عنه في منع إجارة المشاع

(١) «الاختيارات» (١٦٣).

من غير الشريك لتعذر تسليمه بانفراده؛ فعلى هذا ليس للشريك الذي لم يرفع يده التصرف إلا في الربع، خاصة والربع الآخر حق لشريكه المغصوب منه، ولم تجتمع ها هنا يد المالك مع يد الغاصب في شيء.

القاعدة الثالثة والتسعون

من قبض مغصوباً من غاصبه، ولم يعلم أنه مغصوب.

فالمشهور بين الأصحاب إنه بمنزلة الغاصب في جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمنه من عين ومنفعة، ثم إن كان القابض قد دخل على ضمان عين أو منفعة؛ استقر ضمانها عليه، ولم يرجع على الغاصب، وإن ضمنه المالك ما لم يدخل على ضمانه ولم يكن حصل له بما ضمنه نفع؛ رجع به على الغاصب، وإن كان حصل له به نفع؛ فهل يستقر ضمانه عليه، أم يرجع به على الغاصب؟

على روايتين، هذا ما ذكره القاضي والأكثرون، وفي بعضه خلاف نشير إليه في موضعه إن شاء الله تعالى، وهذه الأيدي القابضة من الغاصب مع عدم العلم بالحال عشرة:

الأولى: الغاصبة، ويتعلق بها الضمان كأصلها، ويستقر عليها مع التلف تحتها، ولا يطالب بما زاد على مدتها.

الثانية: الآخذة لمصلحة الدافع؛ كالاستيداع والوكالة بغير جعل؛ فالمشهور أن للمالك تضمينها، ثم ترجع بما ضمنت على الغاصب؛ لتغريره.

وفيه وجه آخر باستقرار الضمان عليها لتلف المال تحتها من غير إذن. صرح به القاضي في «المجرد» في (باب المضاربة): وسيأتي أصله.

ويتخرج وجه آخر: إنه لا يجوز تضمينها بحال من الوجه المحكي، كذلك في المرتهن ونحوه، وأولى، وخرجه الشيخ تقي الدين[1] من مودع المودع، حيث لا يجوز له الإيداع، فإن الضمان على الأول وحده، كذلك قال القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول»، وذكر أنه ظاهر كلام أحمد، ومن الأصحاب من منع ظهوره.

وعلى تقدير أنه كذلك؛ ففرقوا بين مودع المودع ومودع الغاصب بأن الموجب للضمان في

(١) «الاختيارات» (١٦٢).

الأول القبض، وهو سبب واحد؛ فلا يجب به الضمان من جهتين، بخلاف مودع الغاصب؛ فإن قبضه صالح لتضمينه، حيث كان الضمان مستقراً على الغاصب قبله، وبأن الضمان ترتب على التقبيض؛ فهو متأخر عنه، والقبض وقع من يد أمينة، ولا عدوان فيه لعدم العلم؛ فاختص الضمان بالتعدي، بخلاف مودع الغاصب لقبضه من يد ضامنه قبل القبض.

واعلم أن ما ذكره الأصحاب في الوكالة والرهن إن الوكيل والأمين في الرهن إذا باعا وقبضا الثمن، ثم بان المبيع مستحقاً؛ لم يلزمهما شيء لا تناقض هذه المسألة كما يتوهمه من قصر فهمه؛ لأن مراد الأصحاب بقولهم لم يلزم الوكيل شيء أنه لا يطالبه المشتري بالثمن الذي أقبضه إياه؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالموكل دون الوكيل، أما أن الوكيل لا يطالبه المستحق للعين بالضمان؛ فهذا لم يتعرضوا له ها هنا ألبتة، وهو بمعزل من مسألتهم بالكلية.

الثالثة: القابضة لمصلحتها ومصلحة الدافع؛ كالشريك والمضارب والوكيل بجعل والمرتهن؛ فالمشهور جواز تضمينها أيضاً، وترجع بما ضمنت؛ لدخولها على الأمانة.

وذكر القاضي في «المجرد» وابن عقيل وصاحب «المغني» في الرهن احتمالين آخرين:

أحدهما: أنه يستقر الضمان على القابض لتلف مال الغير تحت يده التي لم يؤذن لها في القبض؛ فهي كالعاملة بالحال، وحكوا هذا الوجه في المضارب أيضاً.

والثاني: لا يجوز تضمينها بحال لدخولها على الأمانة، وينبغي أن يكون هو هذا المذهب، وأنه لا يجوز تضمين القابض ما لم يدخل على ضمانه في جميع هذه الأقسام؛ فإن المنصوص عن أحمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها ثم ظهرت مستحقة: إنه لا يملك المستحق قلعه إلا مع ضمان نقصه؛ كالغراس المحترم الصادر عن إذن المالك؛ فجعل المغرور كالمأذون له؛ فلا يضمن ابتداء ما لم يلتزم ضمانه.

وكذلك نقل حرب وغيره عن أحمد في المغرور في النكاح أن فداء ولده على من غيره، ولم يجعل على الزوج مطالبة، وقريب من ذلك ما نقل عنه مُهَنَّا فيمن بعث رجلاً إلى رجل له عنده مال، فقال له: خذ منه ديناراً. فأخذ منه أكثر: أن الضمان على المرسل لتغريره، ويرجع هو على الرسول.

وحكى القاضي وغيره في المضاربة وجهاً آخر: أن الضمان في هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما؛ فأيهما ضمن؛ لم يرجع على الآخر.

الرابعة: القابضة لمصلحتها خاصة؛ إما باستيفاء العين؛ كالقرض، أو باستيفاء المنفعة؛ كالعارية؛ فهي داخلة على الضمان في العين دون المنفعة، فإذا ضمنت العين والمنفعة؛ رجعت على الغاصب بضمان المنفعة؛ لأن ضمانها كان بتغريره.

وفي المذهب رواية ثانية: لا يرجع بضمان المنفعة إذا تلفت بالاستيفاء، ويستقر الضمان عليها في مقابلة الانتفاع لاستيفائها بدله كيلا يجتمع لها العوض والمعوض.

وأصل الروايتين الروايتان في رجوع المغرور بالمهر على من غره، وإن ضمن الغاصب المنفعة ابتداءً؛ ففيه طريقان:

أحدهما: البناء على الروايتين، فإن قلنا: لا يرجع القابض عليه إذا ضمن ابتداءً؛ رجع الغاصب هنا عليه، وإلا؛ فلا، وهو طريقة أبي الخطاب ومن اتبعه والقاضي وابن عقيل في موضع.

والثاني: إنه لا يرجع الغاصب على القابض قولاً واحداً، وقاله القاضي وابن عقيل في موضع آخر.

وأما العين؛ فلا يرجع بضمانها، حيث دخلت على ضمانها وعلى الاحتمال الأول في القسم الذي قبله يستقر ها هنا عليها ضمان العين والمنفعة، سواء تلفت المنفعة باستيفاء أو تفويت.

وعلى الاحتمال الآخر، وهو أنه لا يجوز تضمينها بالكلية؛ فلا يطالب هذه بضمان ما لم يلتزم ضمانه ابتداءً، ويستقر عليها ضمان ما دخلت على ضمانه.

ويتخرج لنا وجه آخر: إنه لا يستقر عليها ضمان شيء بحال، وسنذكر أصله في القسم الذي بعده.

الخامسة: القابضة تملكاً بعوض مسمى عن العين بالبيع؛ فهي داخلة على ضمان العين دون المنفعة، فإذا ضمنت قيمة العين والمنفعة؛ لم ترجع بما ضمنت من قيمة العين لدخولها على

ضمانها، ولكن تسترد الثمن من الغاصب؛ لأنه لم يملكه لانتفاء صحة العقد، وسواء كانت القيمة التي ضمنت للمالك وفق الثمن أو دونه أو فوقه على ما اقتضاه كلام الأصحاب ها هنا، وفي البيع الفاسد، وفي ضمان المغرور المهر.

وفي «التلخيص» احتمال إن كانت القيمة أزيد رجعت بالزيادة على الغاصب، حيث لم يدخل على الضمان بأكثر من الثمن المسمى، وبه جزم ابن المَنِّيِّ في «خلافه»، وقد سبق في قاعدة ضمان العقود الفاسدة بالمسمى أو بعوض المثل ما يشبه هذا، ولو طالب المالك الغاصب بالثمن كله إذا كان أزيد من القيمة؛ فقياس المذهب أن له ذلك، كما نص عليه أحمد في المتجر في الوديعة من غير إذن: إن الربح للمالك. ثم من الأصحاب من يبنيه على القول بوقف العقود على الإجازة، وهي طريقة القاضي في «خلافه» وابن عقيل، ومنهم من يطلق ذلك، وكذا في المضارب إذا خالف.

وعنه رواية أخرى: يتصدق بالربح؛ لأنه ربح ما لم يضمن، وهل للمضارب أجرة المثل؟

على روايتين، وطردهما أبو الفتح الحلواني في «الكفاية» في الغاصب، وحكى صاحب «المغني»[1] في (باب الرهن) رواية أخرى باستقرار الضمان على الغاصب في البيع؛ فلا يرجع على المشتري بشيء مما ضمنه، وحكاه في «الكافي»[2] في (باب المضاربة) وجهاً، وصرح القاضي بمثل ذلك في «خلافه» في مسألة رجوع المغرور بالمهر، وهو عندي قياس المذهب؛ حيث قلنا في إحدى الروايتين برجوع المغرور بنكاح الأمة على من غره مع استيفائه منفعة البضع واستهلاكها ودخوله على ضمانها، ولهذا طرد محققوا الأصحاب هذا الخلاف فيما إذا زوجها الغاصب ووطئها الزوج؛ هل يرجع بالمهر على الغاصب سواء ضمنه المالك المهر أو لم يضمنه؟

وأيضاً؛ فإن المنصوص عن أحمد إن البائع إذا دلس العيب ثم تلف عند المشتري؛ فله الرجوع بالثمن، وكذلك لو نقص أو تعيب وهو موجود؛ فإنه يرده بغير شيء، ويأخذ الثمن إلا أن يكون حصل له انتفاع بما نقصه، فإنه يرد عوضه على أحد الوجهين إلحاقاً له بلبن

---

(١) «المغني» (٤/ ٢٧٦).

(٢) «الكافي» (٢/ ٢٧٦).

المصراة مع أنه قد دخل على ضمان العين بالثمن، ولكن سقط عنه لتدليس البائع العيب، وهو لا يمنع صحة العقد على الصحيح من المذهب؛ فلأن لا يستقر الضمان على المشتري من الغاصب مع تدليس الغاصب عليه وعدم صحة العقد أولى.

وأما المنافع إذا ضمنها المالك للمشتري بناءً على أن منافع المغصوب مضمونة، وهو المذهب؛ فيرجع بذلك على الغاصب لدخوله على استيفائها في ملكه بغير عوض، وسواء انتفع بها أو تلفت تحت يده.

وعن أحمد رواية أخرى: لا يرجع بما انتفع به لاستيفائه عوضه كما تقدم، وهي اختيار أبي بكر وابن أبي موسى، وحكم الثمرة والولد الحادث من المبيع حكم المنافع، إذا ضمنها رجع ببدلها على الغاصب، وكذلك الكسب، صرح به القاضي في «خلافه»؛ إلا أن يكون انتفع بشيء من ذلك؛ فيخرج على الروايتين.

وقد أشار أحمد إلى هذا في «رواية ابن منصور» فيمن باع ماشية أو شاة فولدت أو نخلاً لها ثمرة فوجد بها عيباً أو استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولد إن كان أحدث فيهم شيئاً أو كان باع أو استهلك، فإن كان مات أو ذهب به الريح؛ فليس عليه شيء، فأوجب عليه ضمان ما انتفع به من الثمرة والنتاج دون ما تلف في يده بغير فعله، ولم يذكر رجوعاً على الغاصب، وظاهر كلامه أن ما تلف في يده من النماء؛ فليس للمالك تضمينه ابتداءً؛ لأنه لم يدخل على ضمانه ولم ينتفع به، وهذا يقوي التخريج المذكور في القسم الذي قبله، وكذلك ظاهر كلام ابن أبي موسى أنه لا يضمن المشتري إلا ما يستقر عليه ضمانه، سواء دخل على صمانه أو لم يدخل عليه، لكن انتفع به؛ كالخدمة ومهر المشتراة، وأما قيمة الأولاد؛ فيرجع بها عنده؛ لأن نفعها لغيره لا له، وأوجب على الغاصب قيمة غرس المشتري غير مقلوع إذا قلعه المالك، ومراده ما نقص بقلعه، وإنما أجاز للمالك قلع الغراس من غير ضمان نقصه؛ لأن ذلك ليس من باب تضمين القابض من الغاصب، بل هو من باب امتناع المالك من الضمان له، فإن تفريغ الأرض من الغراس الذي لم يأذن فيه لا بد من تمكينه منه، ولا ضمان عليه فيه، حيث لم يأذن فيه، وإنما الضمان على الغار؛ لتعديه، كما أن تضمين القابض ما لم يلتزم ضمانه ممتنع، حيث أمكن تضمين الغاصب لالتزامه الضمان؛ فيضمنه، وهل يرجع به؟

على روايتين؛ كرجوع المغرور في النكاح بالمهر.

تنبيه:

لو أقر المشتري للبائع بالملك؛ فلا رجوع له عليه، ولو أقر بصحة البيع؛ ففي الرجوع احتمالان ذكرهما القاضي، وقد يخرج كذلك في الإقرار بالملك حيث علم أن مستنده اليد، وقد بان عدوانها وتعديه؛ فظهر بهذا أن الذي يدل عليه كلام أحمد: إن القابض لا يضمن إلا ما حصل له به نفع.

اليد السادسة: القابضة عوضاً مستحقاً بغير عقد البيع؛ كالصداق، وعوض الخلع والعتق والصلح عن دم عمد إذا كان معيناً، أو كان القبض وفاءً لدين مستقر في الذمة من ثمن مبيع، أو أجرة، أو صداق، أو قيمة متلف ونحوه، فإذا تلفت هذه الأعيان في يد من قبضها، ثم استحقت؛ فللمستحق الرجوع على القابض ببدل العين والمنفعة على ما تقرر.

ويتخرج وجه آخر: أن لا مطالبة له عليه، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في الصداق، والباقي مثله على القول بالتضمين؛ فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع لتغريره؛ إلا ما انتفع به؛ فإنه مخرج على الروايتين.

وأما قيم الأعيان؛ فمقتضى ما ذكره القاضي ومن اتبعه أنه لا يرجع بها؛ لأنه دخل على أنها مضمونة عليه بحقه، وسواء كانت القيمة المضمونة وفق حقه أو دونه أو أزيد منه إلا على الوجه المذكور في البيع بالرجوع بفضل القيمة، ثم إن كان القبض وفاء عن دين ثابت في الذمة؛ فهو باقٍ بحاله، وإن كان عوضاً معيناً في العقد؛ لم ينفسخ العقد ها هنا باستحقاقه.

ولو قلنا: إن النكاح على المغصوب لا يصح؛ لأن القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم كذلك، ذكره ابن أبي موسى، ويرجع على الزوج بقيمة المستحق في المنصوص، وهو قول القاضي في «خلافه»، وقال في «المجرد»: يجب مهر المثل، وأما عوض الخلع والعتق والصلح عن دم العمد؛ ففيها وجهان:

أحدهما: يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق، وهو المنصوص؛ لأن هذه العقود لا تنفسخ باستحقاق أعواضها؛ فتجب قيمة العوض، وهو قول القاضي في أكثر كتبه، وجزم به صاحب «المحرر».

والثاني: تجب قيمة المستحق في الخلع والصلح عن الدم، بخلاف العتق؛ فإن الواجب فيه قيمة العبد؛ لأن العبد له قيمة في نفسه، فيرجع بقيمته، بخلاف البضع والدم؛ فإن القيمة لعوضهما لا لهما، وهو قول القاضي في (البيوع) من «خلافه».

ويشبه قول أصحابنا فيما إذا جعل عتق أمته صداقها، وقلنا: لا ينعقد به النكاح، وأبت أن تتزوجه على ذلك: إن عليها قيمة نفسها لا قيمة مهر مثلها.

وعلى الوجه المخرج في البيع أن المغرور يرجع بقيمة العين على الغاصب ها هنا كذلك.

اليد السابعة: القابضة بمعاوضة عن المنفعة، وهي يد المستأجر؛ فقال القاضي والأكثرون: إذا ضمنت المنفعة؛ لم يرجع بها، ولو زادت أجرة المثل على الأجرة المسماة؛ ففيه ما مر من زيادة قيمة العين على الثمن، وإذا ضمنت قيمة العين؛ رجعت بها على الغاصب لتغريره.

وفي «تعليقة أبي البركات على الهداية»: يتخرج لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أن المستأجر لا ضمان عليه بحال؛ كقول الجمهور.

والثاني: تضمين العين، وهل القرار عليه؟

لنا وجهان:

أحدهما: عليه.

والآخر: على الغاصب، وهو الذي ذكره القاضي في «خلافه». انتهى.

والوجه الأول منزل على القول بأن المغرور لا يضمن شيئاً ابتداءً ولا استقراراً، والوجه الآخر في قرار ضمان العين عليه يتنزل على الوجه المذكور في استقرار الضمان على المرتهن ونحوه بتلف العين تحت يده.

اليد الثامنة: القابضة للشركة، وهي المتصرفة في المال بما ينميه بجزء من النماء؛ كالشريك والمضارب والمزارع والمساقي، ولهم الأجرة على الغاصب؛ لعملهم له بعوض لم يسلم، فأما المضارب والمزارع بالعين المغصوبة وشريك العنان؛ فقد دخلوا على أن لا ضمان عليهم بحال، فإذا

ضمنوا على المشهور؛ رجعوا بما ضمنوا؛ إلا حصتهم من الربح؛ فلا يرجعون بضمانها لدخولهم على ضمانها عليهم بالعمل، كذلك ذكره القاضي وابن عقيل في المساقي والمزارع نظيره.

أما المضارب والشريك؛ فلا ينبغي أن يستقر عليهم ضمان شيء بدون القسمة، سواء قلنا: ملكوا الربح بالظهور أو لا؛ لأن حصتهم وقاية لرأس المال، وليس لهم الانفراد بالقسمة؛ فلم يتعين لهم شيء مضمون.

وحكى الأصحاب في المضارب للمضارب بغير إذن وجهاً آخر: إنه لا يرجع بما ضمنه بناءً على الوجه المذكور باستقرار الضمان على من تلف المال بيده.

ويتخرج وجه آخر: إنه لا يملك المالك تضمينهم بحال لدخولهم على الأمانة، وقد ذكرنا فيما تقدم حكم ضمان الشريك والمضارب للمال، وإنما أعدناه ها هنا لذكر النماء.

وأما المساقي إذا ظهر الشجر مستحقاً بعد تكملة العمل؛ فللعامل أجرة المثل لعمله على الغاصب.

وأما الثمر إذا تلف؛ فله حالتان:

إحداهما: أن يتلف بعد القسمة؛ فللمالك تضمين كل من الغاصب والعامل ما قبضه، وله أن يضمن الكل للغاصب، فإذا ضمنه الكل؛ رجع على العامل بما قبضه لنفسه؛ لأنه أخذ العوض؛ فهو كالمشتري من الغاصب.

وفي «المغني» احتمال: لا يرجع عليه؛ لتغريره؛ فأشبه من قال لغيره: كُلْ هذا؛ فإنه طعامي، ثم بان مستحقاً. وهو قريب من الوجه السابق باستقرار ضمان المبيع على الغاصب بكل حال، وهل للمالك أن يضمن العامل جميع الثمرة؟

ذكر القاضي فيه احتمالين:

أحدهما: نعم، لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق، ثم يرجع العامل على الغاصب بما قبضه من الثمر على المشهور، وبالكل على الاحتمال المذكور.

والثاني: لا؛ لأنه لم يكن قابضاً على الحقيقة، وإنما كان مراعياً حافظاً، ويشهد لهذا ما قاله

ابن حامد فيما إذا اختلف المساقي والمالك في قدر المشروط للعامل من الثمر، وأقاما ببنتين أنه تقدم بينة العامل؛ لأنه خارج والمالك هو الداخل لاتصاله الثمر بملكه، ولو اشترى ثمرة شجر شراءً فاسداً، وخلى البائع بينه وبينه على شجرة؛ لم يضمنه بذلك لعدم ثبوت يده عليه، ذكر بعض أصحابنا أنه محل وفاق.

الحالة الثانية: أن يتلف الثمر قبل القسمة؛ إما على الشجر، أو بعد جده؛ ففي «التلخيص» في مطالبة العامل بالجميع احتمالان، وكذا لو تلف بعض الشجر وهو ملتفت إلى أن يد العامل هل تثبت على الشجر والثمر الذي عليه أم لا؟ والأظهر أن لا؛ لأن الضمان عندنا لا ينتقل في الثمر المعلق على شجرة بالتخلية؛ إلا أن يقال: يده ها هنا على الثمر حصلت تبعاً لثبوت يده على الشجر؛ فيقال: وفي ثبوت يده على الشجر هنا تردد ذكرناه آنفاً، حتى لو تلف بعض الشجر؛ ففي تضمينه للعامل الاحتمالان، صرح به في «التلخيص» أيضاً، ولو اشترى شجرة بثمرها؛ فهل يدخل الثمر في ضمانه تبعاً لشجرة؟

قال ابن عقيل في «فنونه»: لا يدخل.

ويتخرج وجه آخر بدخوله تبعاً لانقطاع علق البائع عنه من السقي وغيره.

وبكل حال؛ فيتوجه أن يضمن العامل الثمر التالف بعد جذاذه واستحفاظه، بخلاف ما على الشجر.

اليد التاسعة: القابضة تملكاً لا بعوض؛ إما للعين بمنافعها بالهبة والوقف والصدقة والهدية والوصية أو للمنفعة؛ كالموصى له بالمنافع؛ فالمشهور أنها ترجع بما ضمنته بكل حال؛ لأنها دخلت على أنها غير ضامنة لشيء؛ فهي مغرورة، إلا ما حصل لها به نفع؛ ففي رجوعها بضمانه الروايتان.

ويتخرج وجه آخر: أنها لا تضمن ابتداءً ما لا يستقر ضمانها عليه.

وذكر القاضي وابن عقيل رواية: أنها لا ترجع بما ضمنته بحال، وهو منزل على القول باستقرار الضمان على من تلف تحت يده، وإن كان أميناً كما سبق.

ثم اختلف الأصحاب في محل الروايتين في الرجوع بما انتفعت به على طرق ثلاثة:

إحداهن: أن محلهما إذا لم يقل الغاصب: هذا ملكي، أو ما يدل عليه؛ فإن قال ذلك؛ فالقرار عليه بغير خلاف لاعترافه باستقرار الضمان عليه ونفيه عن القابض، وهي طريقة «المغني»[1].

والثانية: إن ضمن المالك القابض ابتداءً؛ ففي رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقاً، وإن ضمن الغاصب ابتداءً، فإن كان القابض قد أقر له بالملكية؛ لم يرجع على القابض رواية واحدة، ولو قلنا: إن ما ينتفع به يستقر ضمانه عليه؛ لأنه بإقراره بالملك معترف بأن المستحق ظالم له بالتغريم؛ فلا يرجع بظلمه على غير ظالمه، وهي طريقة القاضي.

والثالث: الخلاف في الكل من غير تفصيل، وهي طريقة أبي الخطاب وجماعة.

اليد العاشرة: المتلفة للمال نيابةً عن الغاصب؛ كالذابح للحيوان والطابخ له؛ فلا قرار عليه بحال، وإنما القرار على الغاصب؛ لوقوع الفعل له، فهو كالمباشر، كذا قال القاضي وابن عقيل والأصحاب.

ويتخرج وجه آخر بالقرار عليها فيما أتلفته؛ كالمودع إذا تلف تحت يده، وأولى؛ لمباشرتها للإتلاف.

ويتخرج وجه آخر بلا ضمان عليها بحال من نص أحمد فيمن حفر لرجل في غير ملكه بئراً فوقع فيها إنسان، فقال الحافر: ظننت أنها في ملكه؛ فلا شيء عليه.

وبذلك جزم القاضي وابن عقيل في (كتاب الجنايات) مع اشتراك الحافر والآمر في التسبب وانفراد الحافر بمباشرة السبب، وإنما سقط عنه الضمان لعدم علمه بالحال، وها هنا؛ أولى لاشتراكهما في ثبوت اليد، ولو أتلفته على وجه محرم شرعاً عالمة بتحريمه؛ كالقاتلة للعبد المغصوب، والمحرقة للمال بإذن الغاصب؛ ففي «التلخيص» يستقر عليها الضمان لأنها عالمة بالتحريم؛ فهي كالعالمة بأنه مال الغير، ورجح الحارثي دخولها في قسم المغرور؛ لأنها غير عالمة بالضمان؛ فتغرير الغاصب لها حاصل، والله أعلم.

---

(١) «المغني» (٥/ ١٥٤).

القاعدة الرابعة والتسعون

وقبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكه.

إن كان يجوز له إقباضه؛ فهو أمانة عند الثاني إن كان الأول أميناً، وإلا؛ فلا، وإن لم يكن إقباضه جائزاً؛ فالضمان عليها.

ويتخرج فيه وجه آخر: ألا يضمن غير الأول، ويندرج تحت ذلك صور:

منها: مودع المودع، فإن كان حيث يجوز الإيداع، فلا ضمان على واحد منهما، وإن كان حيث لا يجوز؛ فالضمان على الأول، وفي الثاني وجهان سبق ذكرهما.

ومنها: المستأجر من المستأجر، فإن كان حيث يجوز الإيجار بأن كان لمن يقوم مقامه في الانتفاع؛ فلا ضمان، وإلا؛ ثبت الضمان عليهما، وقراره في العين على الأول.

ويتخرج وجه آخر: أن لا ضمان على الثاني بحال من المودع.

ومنها: مضارب المضارب، حيث يجوز؛ فهو أمين، وهل الثاني مضارب للمالك والأول وكيل في العقد لا شيء له من الربح، أو هو مضارب للأول فالربح بينهما؟

على وجهين، جزم القاضي في «المجرد» بالأول، ثم اختار الثاني فيما إذا دفعه مضاربة وقلنا: لا يجوز له ذلك، وحيث منع من دفعه مضاربة؛ فللمالك تضمين أيهما شاء، ويرجع الثاني على الأول إن لم يعلم بالحال؛ لدخوله على الأمانة.

وفيه وجه آخر: لا يرجع؛ لحصول التلف تحت يده، وقد سبق أصله.

ويتخرج: أن لا يضمن الثاني بحال؛ وإن علم بالحال؛ فهل هو كالغاصب لا أجرة له، أو كالمضارب المتعدي له أجرة المثل؟

يحتمل وجهين، قاله صاحب «التلخيص»، وحكاهما صاحب «الكافي» روايتين من غير

تقييد بحالة العلم[١].

ومنها: وكيل الوكيل حيث لا يجوز له التوكيل، وهو كالمضارب في الضمان.

ومنها: المستعير من المستعير، فإن قلنا بجوازه؛ فكل منهما ضامن للعين دون المنفعة لدخوله على ذلك على بصيرة، وإذا تلف عند الثاني؛ ضمنه المالك كما لو كان هو المعير له، ولم يرجع على الأول لانتفاء التغرير، وإن قلنا بالمنع، وهو المشهور؛ فللمالك مطالبة كل منهما بضمان العين والمنفعة والقرار على الثاني لحصول التلف في يده إن كان عالماً بالحال، ومع عدم العلم يستقر عليه ضمان العين دون المنفعة؛ فإنه يستقر ضمانها على الأول لتغريره، كذا قال الأصحاب.

ويتخرج وجه آخر: إنه لا يضمن الثاني إذا لم يعلم بالحال.

ومنها: المستعيرة من المستأجر، قال في «التلخيص»: هو أمين في الصحيح؛ لقبضه من يد أمين؛ فلا يكون ضامناً.

ومنها: المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع إذا تلف المبيع في يده؛ فللموكل تضمين القيمة من شاء من الوكيل والمشتري على المشهور، ثم إن ضمن الوكيل؛ رجع على المشتري لتلفه في يده.

---

(١) «الكافي» (٢/ ٢٨٠).

القاعدة الخامسة والتسعون

من أتلف مال غيره وهو يظن أنه له، أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه، ثم تبين خطأ ظنه.

فإن كان مستنداً إلى سبب ظاهر من غيره، ثم تبين خطأ المتسبب، أو أقره بتعمده للجناية؛ ضمن المتسبب، وإن كان مستنداً إلى اجتهاد مجرد؛ كمن دفع مالاً تحت يده إلى من يظن أنه مالكه أو أنه يجب الدفع إليه، أو أنه يجوز ذلك، أو دفع ماله الذي يجب عليه إخراجه لحق الله تعالى إلى من يظنه مستحقاً، ثم تبين الخطأ؛ ففي ضمانه قولان، وإن تبين أن المستند لا يجوز الاعتماد عليه، ولم يتبين أن الأمر بخلافه؛ فإن تعلق به حكم فنقض؛ فالضمان على المتلف، وإلا؛ فلا ضمان، ويندرج تحت هذه الجملة مسائل:

منها: أن يشهد شاهدان بموت زيد، فيقسم ماله بين ورثته، ثم تبين بطلان الشهادة بقدومه حيّاً؛ فنص أحمد في «رواية الميموني»: أنهما يضمنان المال، ولم يتعرض للورثة، وظاهر كلامه استقرار الضمان على الشهود أو اختصاصهم به، وهو في الجملة موافق لقوله المشهور عنه في تقرير الضمان على الغار كما سبق، وقال القاضي: يحتمل أن يكون أغرم الورثة، ورجعوا بذلك على الشهود لتغريرهم، ولا ضمان هنا على الحاكم؛ لأنه ملجأ إلى الحكم جرحة الشهود.

ونقل أبو النصر العجلي[1] عن أحمد في حاكم رجم رجلاً بشهادة أربعة بالزنا، ثم تبين أنه مجبوب: أن الضمان على الحاكم، ولعل تضمينه ها هنا لتفريطه؛ إذ المجبوب لا يخفى أمره غالباً؛ فترك الفحص عن حاله تفريط.

ومنها: لو حكم الحاكم بمال، ثم رجع الشهود وصرحوا بالخطأ أو التعمد بشهادة الزور؛ فإن الضمان يختص بهم لاعترافهم، ولا ينقض حكم الحاكم بمجرد ذلك، ولا يرجع على المحكوم له بشيء، كما لو باع عيناً أو وهبها أو أقر بها لرجل ثم أقر بها بعد ذلك لآخر؛ فإنه لا يقبل إقراره على الأول، ويضمن الثاني.

---

(١) هو إسماعيل بن عبدالله بن ميمون بن عبدالحميد بن أبي الرّجال أبوالنصر العجلي (ت٢٧٠هـ).

ومنها: أن يحكم الحاكم بمال ويستوفي، ثم تبين أن الشهود فساق أو كفار؛ فإن حكمه في الباطن غير نافذ بالاتفاق، نقله عنه أبو الخطاب في «انتصاره»، وأما في الظاهر؛ فهو نافذ، وهل يجب نقضه؟

المذهب وجوبه، وهو قول الخرقي[1]؛ لتبين انتفاء شرط الحكم، فلم يصادف محلاً، ثم يجب ضمان المال على المحكوم له به لإتلافه له مباشرة. قال القاضي: ولو كان المحكوم له معسراً؛ فللمستحق مطالبة الإمام، وقرار الضمان على المحكوم له ولا شيء على المزكين بحال، ولو حكم لآدمي بإتلاف نفس أو طرف؛ فطريقان:

أحدهما: هو كالمال؛ لأن المستوفي هو المحكوم له، والإمام ممكن لا غير، وهي طريقة «المحرر»[2].

والثاني: يضمنه الحاكم، صرح به القاضي في «المجرد»، وهو وفق إطلاق الأكثرين؛ لأن المحكوم له لم يقبض شيئاً؛ فنسب الفعل إلى خطأ الإمام، كما لو كان المستوفى حقاً لله عز وجل؛ فإن ضمانه على الإمام.

وحكى القاضي وغيره رواية أخرى: أنه لا ينقض الحكم إذا بان الشهود فساقاً، ويضمن الشهود؛ كما لو رجعوا عن الشهادة، وهذا ضعيف جداً، ولا أصل لذلك في كلام أحمد، وإنما أخذوه من «رواية الميموني» في المسألة الأولى، وتلك لا فسق فيها؛ لجواز غفلة الشهود، وإنما ضمنوا لتبين بطلان شهادتهم بالعيان؛ فهو أعظم من الرجوع، ولا يمكن بقاء الحكم بعد تبين فساد المحكوم به عياناً، ولا يصح إلحاق الفسق في الضمان بالرجوع؛ لأن الراجعين اعترفوا ببطلان شهادتهم وتسببهم إلى انتزاع مال المعصوم، وقولهم غير مقبول عن نقض الحكم؛ فتعين تغريمهم، وليس ها هنا اعتراف ينبني عليه التغريم؛ فلا وجه له؛ فالصواب الجزم بأنه لا ضمان على أحد على القول بأن الحكم لا ينقض؛ كما جزم به في «المحرر»[3].

---

(١) «المغني» (١٠/ ١٠٣-١٠٤).
(٢) «المحرر» (٢/ ٣٤٧).
(٣) «المحرر» (٢/ ٣٤٣).

ومنها: إذا وصى إلى رجل بتفريق ثلثه ففعل، ثم تبين أن عليه ديناً مستغرقاً للتركة؛ ففي ضمانه روايتان، ولكن هنا لم يتصرف في ملك الغرماء، بل فيما تعلق به حقهم، ولكنه تعلق قوي، لا سيما إن قلنا: لم ينتقل إلى الورثة، ولهذا قال أحمد في «رواية ابن منصور»: التركة هي للغرماء لا للورثة، ولهذا لا يملك الورثة التصرف فيها إلا بشرط الضمان.

وخرج الشيخ تقي الدين[1] على هذا الخلاف كل من تصرف بولاية في مال، ثم تبين أنه مستحق.

ومنها: لو وصى لشخص بشيء، فلم يعرف الموصى له؛ صرفه الوصي أو الحاكم فيما يراه من أبواب البر، فإن جاء الموصى له وأثبت ذلك؛ فهل يضمن المفرق ما فرقه؟

على روايتين، قال ابن أبي موسى: أظهرهما لا ضمان عليه، وقال أبو بكر في «الشَّافي»: إنْ فعله الوصي بإذن الحاكم؛ لم يضمن، وإن كان بدون إذنه؛ ضمن.

ومنها: لو اشترى الورثة عبداً من التركة وأعتقوه تنفيذاً لوصية مورثهم بذلك، ثم ظهر دين مستغرق؛ فإنهم يضمنون للغرماء، ذكره القاضي وابن عقيل.

ويتخرج فيه وجه آخر بانتفاء الضمان من مسألة الوصي.

ومنها: لو اشترى المضارب من يعتق على رب المال؛ صح، وعتق عليه، وهل يضمن العامل؟

فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يضمن بكل حال، سواء كان عالماً بالحال أو جاهلاً، قاله القاضي في «المجرد» وأبو الخطاب[2].

والثاني: إن كان جاهلاً؛ لم يضمن، وإن كان عالماً؛ ضمن، كما لو عامل فاسقاً أو مماطلاً،

(١) «الاختيارات» (١٩٤).

(٢) «كتاب الهداية» (١/ ١٧٥).

أو سافر سفراً مخوفاً، أو دفع الوصي وأمين الحاكم مال اليتيم مضاربة إلى من ظاهره العدالة، فبان بخلافه؛ فإنه لا ضمان في ذلك كله إلا مع العلم، وهو قول أبي بكر في «التنبيه» والقاضي في «خلافه».

والثالث: لا ضمان بكل حال، حكاه أبو بكر، وعلى الضمان؛ فهل يضمنه بالثمن المشترى أو بقيمة المثل ويكون شريكاً في الربح الزائد؟

على قولين ذكرهما أبو بكر.

ومنها: إذا دفع القصار ثوب رجل إلى غيره خطأ، فتصرف فيه المدفوع إليه بقطع أو لبس يظنه ثوبه؛ فنقل حنبل عن أحمد في قصار أبدل الثوب فأخذه صاحبه فقطعه وهو لا يعلم: أنه ثوبه، قال على القصار إذا أبدل قيل له: فإن كان مالاً فأنفقه؟ قال: ليس هذا مثل المال على الذي أنفقه؛ لأنه مال تلف؛ ففرق بين المال إذا أنفق وتلف وبين الثوب إذا قطع؛ لأن العين هنا موجودة فيمن الرجوع فيها ويضمن نقصها القصار بجنايته خطأ.

وظاهر كلامه أنه لا يضمن القاطع؛ لأنه مغرور، ولم يدخل على الضمان، أما إن دفع إليه دراهم غيره يظنه صاحبها، فأنفقها؛ فالضمان على المنفق؛ وإن كان مغروراً لتلف المال تحت يده بانتفاعه به، وذلك مقرر للضمان مع التعزير في إحدى الروايتين.

ونقل محمد بن الحكم عن أحمد في هذه المسألة أنه ذكر له قول مالك: لا يغرم الذي لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب. فقال: لا يعجبني ما قال، ولكن إذا هو لم يعلم، فلبسه؛ فإن عليه ما نقص له على القصار شيء، فأوجب هنا الضمان على اللابس لاستيفائه المنفعة دون الدافع؛ لأنه لم يتعمد الجناية، فكأن إحالة الضمان على المستوفي للنفع أولاً.

وهذه الرواية توافق ما قبلها في تقرير الضمان على المنتفع، لا سيما والدافع هنا معذور، وإنما ضمن القصار القطع؛ لأنه تلف لم يحدث من انتفاع القابض؛ فكان ضمانه على الدفع لنسبته إليه.

فالروايتان إذاً متفقتان، ومن الأصحاب من جعلهما مختلفتين في أن الضمان هل هو على القصار أو على المدفوع إليه، ثم منهم من حمل رواية ضمان القصار على أنه كان أجيراً مشتركاً

فيضمن جناية يده ورواية عدم ضمانه على أنه كان أجيراً خاصّاً؛ فلا يضمن جنايته ما لم يتعمدها، وأشار القاضي في «المجرد» إلى ذلك.

ومنها: لو دفع الملتقط اللقطة إلى واصفها، ثم أقام غيره البينة أنها له، فإن كان الدفع بحكم حاكم؛ فلا ضمان على الدافع، وإن كان بدونه؛ فوجهان:

أحدهما: لا ضمان لوجوب الدفع عليه؛ فلا ينسب إلى تفريط.

والثاني: عليه الضمان، وهو قول القاضي، ثم يرجع به على الواصف؛ إلا أن يكون قد أقر له بالملك.

أما لو دفع الوديعة إلى من يظنه صاحبها، ثم تبين الخطأ؛ فقال الأصحاب: يضمن لتفريطه.

ويتخرج فيه وجه آخر: أن الضمان على المتلف وحده، وهو ظاهر ما نقله حنبل عن أحمد في مسألة القصار، ولو قتل من يظنه قاتل أبيه لاشتباهه به في الصورة؛ قتل به لتفريطه في اجتهاده، ذكره ابن عقيل في «مفرداته».

ويتخرج فيه وجه آخر: أن لا قود، وأنه يضمن بالدية، كما لو قطع يسار قاطع يمينه ظانّاً أنها اليمين؛ فإنه لا قود، وسواء كان الجاني عاقلاً أو مجنوناً، وفي وجوب الدية له وجهان.

ومنها: لو مضى على المفقود[1] من تجوز فيه قسمة ماله، فقسم، ثم قدم؛ فذكر القاضي أن أبا بكر حكى في ضمان ما تلف في أيدي الورثة منه روايتين، والمنصوص عن أحمد في «رواية الميموني» و «ابن منصور» وأبي داود[2]: عدم الضمان، وهو الذي ذكره أبو بكر في «التنبيه»، ووجهه أنه جاز اقتسام المال في الظاهر والتصرف فيه، ولهذا يباح لزوجته أن تتزوج، وإذا قدم خير بينها وبين المهر؛ فجعل التصرف فيما يملكه من مال وبضع موقوفاً على تنفيذه وإجازته ما دام موجوداً، فإذا تلف؛ فقد مضى الحكم فيه ونفذ، فإن إجازته ورده إنما يتعلق بالموجود لا بالمفقود، وقد نص أحمد في «رواية أبي طالب» على أنه إذا قدم بعد أن تزوجت زوجته وماتت؛

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (٣/ ١٩٢).

(٢) مسائل أحمد لأبي داود (ص١٧٨).

فلا خيار له ولا يرثها، ويشبه ذلك اللقطة إذا قدم المالك بعد الحول والتملك وقد تلفت؛ فالمشهور أنه يجب ضمانها للمالك، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى: أنه لا يجب الضمان مع التلف، وإنما يجب الرد مع بقاء العين.

ومنها: لو قبضت المطلقةُ البائن النفقةَ يظن أنها حامل، ثم بانت حائلاً؛ ففي الرجوع عليها روايتان.

ومنها: لو غاب الزوج، فأنفقت الزوجة من ماله، ثم تبين موته؛ فهل يرجع عليها بما أنفقته بعد موته؟

على روايتين.

ومنها: لو دفع زكاة ماله أو كفارته إلى من يظنه فقيراً، فبان أنه غني؛ ففي وجوب الضمان عليه روايتان، أصحهما أن لا ضمان، وكذلك لو كان العامل هو الدافع، قاله القاضي في «الأحكام السلطانية»[1]، وقال في «المجرد»: لا يضمن الإمام بغير خلاف؛ لأنه أمين، ولم يفرط لأن هذا لم يمكن الاحتراز منه، وإن بان عبداً أو كافراً أو هاشمياً؛ فقيل: هو على الخلاف، وبه جزم ابن عقيل في «الفنون»، وكذلك ذكر القاضي في آخر «الجامع الصغير»؛ إلا أنه خرج الخلاف في الضمان هنا على القول بعدمه في الغنى، وقيل: لا يجزئه رواية واحدة؛ لظهور التفريط في الاجتهاد، فإن هذه الأوصاف لا تخفى بخلاف الغنى، وإن بان أنه بسبب نفسه؛ فطريقان:

أحدهما: لا يجزئ قولاً واحداً.

والثاني: هو كما لو بان غنيّاً.

والمنصوص ها هنا الإجزاء؛ لأن المانع خشية المحاباة، وهو منتف مع عدم العلم.

قال الشيخ تقي الدين: وعلى قياس ذلك مال الفيء والخمس والأموال الموصى بها والموقوفة إذا ظن المتصرف فيها أن الآخذ مستحق فأخطأ.

---

(١) «الأحكام السلطانية» (ص١٣٥).

القاعدة السادسة والتسعون

من وجب عليه أداء عين مال، فأداه عنه غيره بغير إذنه؛ هل تقع موقعه وينتفي الضمان عن المؤدي؟

هذا على قسمين:

أحدهما: أن تكون العين ملكاً لمن وجب عليه الأداء، وقد تعلق بها حق الغير، فإن كان المتصرف له ولاية التصرف؛ وقع الموقع ولا ضمان، ولو كان الواجب ديناً؛ وإن لم يكن له ولاية؛ فإن كانت العين متميزة بنفسها؛ فلا ضمان، ويجزئ، وإن لم تكن متميزة من بقية ماله؛ ضمن ولم يجزئ، إلا أن يجيز المالك التصرف، ونقول بوقف عقود الفضولي على الإجازة، ويتفرع على هذا مسائل:

منها: لو امتنع من وفاء دينه وله مال، فباع الحاكم ماله ووفاه عنه؛ صح، ويبرئ منه ولا ضمان.

ومنها: لو امتنع من أداء الزكاة، فأخذها الإمام منه قهراً؛ فإنها تجزئ عنه ظاهراً وباطناً في أصح الوجهين، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد والخرقي؛ لأن للإمام ولاية على الممتنع، وهذا حق تدخله النيابة، فوقع موقعه.

ومنها: لو تعذر استئذان من وجبت عليه الزكاة لغيبة أو حبس، فأخذ الساعي الزكاة من ماله؛ سقطت عنه.

ومنها: ولي الصبي والمجنون يخرج عنهما الزكاة، ويجزئ؛ كما يؤدي عنهما سائر الواجبات المالية من النفقات والغرامات.

ومنها: إذا عين أضحية فذبحها غيره عنه بغير إذنه؛ أجزأت عن صاحبها، ولم يضمن الذابح شيئاً، نص عليه؛ لأنها متعينة للذبح ما لم يبدلها، وإراقة دمها واجب؛ فالذابح قد عجل الواجب، فوقع موقعه.

ولا فرق عند الأكثرين بين أن تكون معينة ابتداءً، أو عن واجب في الذمة.

وفرق صاحب «التلخيص» بين ما وجب في الذمة وغيره وقال: المعينة عن واجب في الذمة يشترط لها نية المالك عند الذبح؛ فلا يجزئ ذبح غيره لها بغير إذنه؛ فيضمن.

ومنها: لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد، فأطلقه غيره بغير إذنه؛ فقال القاضي والأكثرون: لا يضمن؛ لأنه فعل الواجب عليه، كما لو أدى عنه دينه في هذه الحال.

وفي «المبهج» للشيرازي: أنه يضمن؛ لأن ملكه لم يزل عنه، وإرسال الصيد إتلاف يوجب الضمان؛ فهو كقتله، اللهم إلا أن يكون المرسل حاكماً أو ولي صبي؛ فلا ضمان للولاية، وهذا كله بناءً على قولنا: يجب عليه إرساله وإلحاقه بالوحش، وهو المنصوص.

أما إن قلنا: يجوز له نقل يده إلى غيره بإعارة أو إيداع -كما قاله القاضي في «المجرد» وابن عقيل في (باب العارية)-؛ فالضمان واجب بغير إشكال.

ومنها: لو نذر الصدقة بمال معين، فتصدق به عنه غيره؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا ضمان عليه؛ كالأضحية، وهو اختيار أبي الخطاب في «الانتصار»، سواء قيل بزوال ملكه أو امتناع الإبدال، كما اختاره، أو ببقاء الملك وجواز الإبدال؛ إذ لا فرق بين الدراهم والمنذورة وبين الأضحية في ذلك.

والثاني: الضمان، وهو قول القاضي وابن عقيل.

ويشكل الفرق بينه وبين الأضحية لا سيما والنقود لا تتعين بالتعيين في العقود على إحدى الروايتين، بخلاف الحيوان، وقد يقال في الفرق: إن الأضحية إنما يجوز إبدالها بخير منها، والنقود متساوية غالباً؛ فلا معنى لإبدالها.

وقد أشار القاضي إلى الفرق بأن النذر يحتاج إخراجه إلى نية كالزكاة، وهذا ممنوع، بل نقول في نذر الصدقة بالمعين ما نقول في الأضحية المعينة.

وأما إذا أدى غيره زكاته الواجبة من ماله أو نذره الواجب في الذمة أو كفارته من ماله بغير إذنه، حيث لا ولاية له عليه؛ فإنه يضمن في المشهور؛ لأنه لا يسقط به فرض المالك لفوات النية المعتبرة منه وممن يقوم مقامه، وخرج الأصحاب نفوذه بالإجازة من نفوذ تصرف الفضولي بها،

وهذا الذي ذكرناه في العبادات؛ كالزكاة والأضحية والنذر إنما هو إذا نواه المخرج عن المالك، فأما إن نوى عن نفسه، وكان عالماً بالحال، فهو غاصب محض؛ فلا يصح تصرفه لنفسه بأداء الزكاة ولا بذبح الأضحية والهدي ولا غيرهما؛ لأنه وقع من أصله تعدياً، وذلك ينافي التقرب.

وخرج بعض الأصحاب وجهاً بوقفه على الإجازة من القول بوقف تصرف الغاصب، وربما ذكره بعضهم رواية في الزكاة، وخرجه ابن أبي موسى وجهاً في العتق، لكن إذا التزم ضمانه في ماله، وهذا شبيه بتصرف الفضولي، وهل يجزئ عن المالك في هذه الحال أم لا؟

حكى القاضي والأكثرون في الأضحية روايتين، والصواب أن الروايتين تتنزل على اختلاف حالين لا على اختلاف قولين؛ فإن نوى الذابح الذبح عن نفسه مع علمه بأنها أضحية الغير؛ لم يجزئ لغصبه واستيلائه على مال الغير وإتلافه له عدواناً، وإن كان يظن الذابح أنها أضحيته لاشتباهها عليه؛ أجزأت عن المالك.

وقد نص أحمد على الصورتين في «رواية ابن القاسم» و «سندي» مفرقاً بينهما مصرحاً بالتعليل المذكور، وكذلك الخلال فرق بينهما وعقد لهما بابين منفردين؛ فلا تصح التسوية بعد ذلك، ومتى قيل بعدم الإجزاء؛ فعلى الذابح الضمان، لكن هل يضمن أرش الذبح أو كمال القيمة؟

أما على رواية تحريم ذبيحة الغاصب؛ فضمان القيمة متعين، وأما على القول بالحل، وهو المشهور؛ فقد يقال: إن كانت معينة عن واجب في الذمة؛ فحكم هذا الذبح حكم عطبها، وإذا عطبت؛ فهل ترجع إلى ملكه؟

على روايتين، فإن قيل برجوعها إلى ملكه؛ فعلى الذابح أرش نقص الذبح خاصة، وإن قيل: لا يرجع إلى ملكه؛ فالذبح حينئذ بمنزلة إتلافها بالكلية؛ فيضمن الجميع، ويشتري المالك بالقيمة ما يذبحه عن الواجب عليه، ويتصدق بالكل، وإن كانت معينة ابتداءً أو تطوعاً؛ فقد فوت على المالك التقرب بها وكونها أضحية أو هدياً، لكن على وجه لا يلزمه بدلها؛ فيحتمل أن يتصدق بلحمها، كالعاطب دون محله، ويأخذ أرش الذبح من الذابح ويتصدق به، ويحتمل أن يضمنه قيمتها، وهو أظهر؛ لأنه فوت عليه التقرب بها على وجه لا يعود إليه منها شيء؛ فهو كإتلافها.

وأما إذا فرق الأجنبي اللحم؛ فقال الأصحاب: لا يجزئ؛ لأن أحمد قال في رواية ابن منصور فيما إذا ذبح كل واحد أضحية الآخر: يعتقد أن الأضحية أنهما يترادان اللحم. قالوا: وإن تلف؛ فعليه ضمان قيمته.

وأبدى ابن عقيل في «فنونه» احتمالاً بالإجزاء؛ لأن التفرقة ليست واجبة على المالك، بدليل ما لو ذبحها فسرقت، ويشهد له قول أحمد في «رواية المروذي» وغيره في رجل اشترى لقوم نسكاً، فاشترى لكل واحد شاة، ثم لم يعرف هذه من هذه؛ قال: يتراضيان ويتحالان، ولا بأس أن يأخذ كل واحد شاة بعد التحليل؛ فدل على أن التفريق إذا وقع عن غير قصد ولا تعمد أنه يجزئ، ولولا ذلك؛ لم تجز التضحية بهذه الأضحية المشتبهة، وقد يكون عن واجب في الذمة، ويحمل قوله «يترادان اللحم» مع بقائه.

القسم الثاني: أن يكون الواجب أداؤه غير مملوك له؛ فأداه الغير إلى مستحقه، فإن كان مستحقه معيناً؛ فإنه يجزئ ولا ضمان، وإن لم يكن معيناً؛ ففي الإجزاء خلاف، ويندرج تحت ذلك مسائل:

منها: الغصوب والودائع إذا أدها أجنبي إلى المالك؛ أجزأت ولا ضمان.

ومنها: إذا اصطاد المحرم صيداً في إحرامه، فأرسله غيره من يده؛ فلا ضمان.

ومنها: إذا دفع أجنبي عيناً موصى بها إلى مستحق معين؛ لم يضمن، ووقعت موقعها، وكذا لو كانت الوصية بمال غير معين، بل مقدر، وإن كانت لغير معين؛ ففي الضمان وجهان، ونص أحمد في رواية حنبل فيمن بيده وديعة وصى بها لمعين أن المودع يدفعها إلى الموصى له والورثة. قيل له: فإن دفعها إلى الموصى له يضمن؟ قال: أخاف. قيل له: فيعطيه القاضي؟ قال: لا، ولكن يدفعه إليهم.

ونص في «رواية مُهَنَّا» على ضمانه بالدفع إلى الموصى له، وهذا محمول على أن الوصية لم تثبت ظاهراً، وصرح الأصحاب بأنه لو كان عليه دين ووصى به صاحبه لمعين؛ كان مخيراً بين دفعه إلى الورثة والموصى له؛ لأنه صار حقاً له؛ فهو كالوارث المعين، وعلى هذا يتخرج دفع مال الوقف إلى مستحقه المعين مع وجود الناظر فيه.

القاعدة السابعة والتسعون

من بيده مال أو في ذمته دين يعرف مالكه، ولكنه غائب يرجى قدومه.

فليس له التصرف فيه بدون إذن الحاكم؛ إلا أن يكون يسيراً تافهاً؛ فله الصدقة به عنه، نص عليه في مواضع، وإن كان قد آيس من قدومه بأن مضت مدة يجوز فيها أن تزوج امرأته ويقسم ماله وليس له وارث؛ فهل يجوز التصرف في ماله بدون إذن الحاكم؟ قد يتخرج على وجهين، أصلهما الروايتان في امرأة المفقود: هل تتزوج بدون إذن الحاكم أم لا؟

والمنصوص في رواية صالح[1] جواز التصدق به، ولم يعتبر حاكماً، وإن لم يعرف مالكه، بل جهل جاز التصدق به عنه بشرط الضمان بدون إذن حاكم قولاً واحداً على أصح الطريقين.

وعلى الثانية فيه روايتان، وهي طريقة القاضي في «كتاب الروايتين»[2]، وفي موضع من «المجرد» وجزم في موضع آخر منه بتوقف التصرف على إذن الحاكم، والأولى أصح.

ويتخرج على هذه القاعدة مسائل:

منها: اللقطة التي لا تملك إذا أجزنا الصدقة بها أو التي يخشى فسادها إذا أراد التصدق بها؛ فالمنصوص جواز الصدقة بها من غير حاكم.

وذكر أبو الخطاب رواية أخرى: أنه إن كان يسيراً باعه وتصدق به، وإن كان كثيراً رفعه إلى السلطان. وقال: نقلها مُهنَّا، ورواية مُهنَّا إنما هي فيمن باع من رجل شيئاً ثم مات المشتري قبل قبضه، وخشي البائع فساده، وهذا مما له ملك معروف، ويمكن الاطلاع على معرفة ورثته؛ فليست المسألة نبه على ذلك الشيخ مجد الدين رحمه الله.

ومنها: اللقيط إذا وجد معه مال؛ فإنه ينفق عليه منه بدون إذن حاكم ذكره ابن حامد، قال أبو الخطاب[3]: وروى عنه أبو الحارث ما يدل على أنه لا ينفق عليه إلا بإذن الحاكم، قال الشيخ

---

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (١/ ٢٠١،٣٥٥-٣٥٦).

(٢) «كتاب المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (٢/ ٢٢٤).

(٣) «كتاب الهداية» (١/ ٢٠٥).

مجد الدين: وهذه الرواية إنما هي في المودع أنه لا ينفق على زوجة المستودع وأهله في غيبته إلا بإذن الحاكم، وليس هذا نظير مسألتنا؛ لأن الولاية هنا على معروف؛ فنظيره من وجد طفلاً معروف النسب وأبوه غائب.

ومنها: الرهون التي لا يعرف أهلها، نص أحمد على جواز الصدقة بها في «رواية أبي طالب» وأبي الحارث وغيرهما، وتأوله القاضي في «المجرد» وابن عقيل على أنه تعذر إذن الحاكم؛ لما روى عنه أبو طالب أيضاً إذا كان عنده رهن وصاحبه غائب وخاف فساده؛ يأتي السلطان ليأمر ببيعه، ولا يبيعه بغير إذن السلطان.

وأنكر ذلك الشيخ مجد الدين وغيره، وأقروا النصوص على وجوهها؛ فإن كان المالك معروفاً، لكنه غائب؛ رفع أمره إلى السلطان، وإن كان مجهولاً؛ جاز التصرف فيه بدون حاكم، وإن علم صاحبه لكنه أيس منه؛ تصدق به عنه، نص عليه في «رواية أبي الحارث».

ومنها: الودائع التي جهل مُلاَّكُها؛ يجوز التصدق بها بدون حاكم، نص عليه، وكذلك إن فقد ولم يطلع على خبره وليس له ورثة؛ تصدَّق به، نص عليه، ولم يعتبر حاكماً، قال القاضي في «المجرد»: فيحتمل أن يحمل على إطلاقه؛ لأنه من فعل المعروف، ويحتمل أن يحمل عند تعذر إذن الحاكم؛ لأن هذا المال مصرفه إلى بيت المال، وتفرقة مال بيت المال موكول إلى اجتهاد الإمام. انتهى.

والصحيح الإطلاق، وبيت المال ليس بوارث على المذهب المشهور، وإنما يحفظ فيه المال الضائع، فإذا أيس من وجود صاحبه؛ فلا معنى للحفظ، ومقصود الصرف في مصلحة المالك تحصل بالصدقة به عنه، وهو أولى من الصرف إلى بيت المال؛ لأنه ربما صرف عند فساد بيت المال إلى غير مصرفه.

وأيضاً؛ فالفقراء مستحقون من مال بيت المال، فإذا وصل إليهم هذا المال على غير يد الإمام؛ فقد حصل المقصود، ولهذا قلنا على أحد الوجهين: إذا فرق الأجنبي الوصية، وكانت لغير معين كالفقراء؛ فإنها تقع الموقع، ولا يضمن كما لو كانت الوصية لمعين.

وعلى هذا الأصل يتخرج جواز أخذ الفقير الصدقة من يد من ماله حرام؛ كقطاع الطريق،

وأفتى القاضي بجوازه، ونص أحمد في «رواية صالح» فيمن كانت عنده وديعة، فوكل في دفعها، ثم مات، وجهل ربها، وأيس من الاطلاع عليه يتصدق بها عنه الوكيل، وورثه الموكل في البلد الذي كان صاحبها فيه، حيث يرون أنه كان وهم ضامنون إذا ظهر له وارث واعتبار الصدقة في موضع المالك مع الجهل به، وقد نص على مثله في الغصب وفي مال الشبهة، واحتج بأن عمر جعل الدية على أهل القرية (يعني: إذا جهل القاتل)، وجه الحجة منه أن الغرم لما اختص بأهل المكان الذي فيه الجاني؛ لأن الظاهر إن الجاني أو عاقلته المختصين بالغرم لا يخلو المكان عنهم؛ فكذلك الصدقة بالمال المجهول مالكه ينبغي أن يختص بأهل مكانه؛ لأنه أقرب إلى وصول المال إليه إن كان موجوداً أو إلى ورثته، ويراعى في ذلك الفقير؛ لأنها صدقة؛ كما يراعى في وضع الدية الغني.

ومنها: الغصوب التي جهل ربها، فيتصدق بها أيضاً، وقد نص على ذلك في رواية جماعة، ولم يذكر أكثر الأصحاب فيه خلافاً، وطرد القاضي في «كتاب الروايتين» فيه الخلاف بناءً على أنه مستحق لبيت المال، وكذلك حكم المسروق ونحوه، نص عليه، ولو مات المالك ولا وارث له يعلم؛ فكذلك يتصدق به عنه، نص عليه أيضاً.

تنبيهان:

أحدهما: الديون المستحقة كالأعيان يتصدق بها عن مستحقها، نص عليه، مع أنه نص على أن من قال لغريمه: تصدق عني بديني الذي لي عليك؛ لم يبرأ بالصدقة عنه، ولو وكله في قبضه من نفسه حيث لم يتعين المدفوع ملكاً له؛ فإن الدين لا يتعين ملكه فيه بدون قبضه أو قبض وكيله.

وفرق القاضي في «خلافه» بين أن يكون المأمور بالدفع إليه معيناً أو غير معين؛ فإن كان معيناً؛ برئ بالدفع إليه كالوكيل، وخرج في «المجرد» المسألة على بيع الوكيل من نفسه نظراً إلى أن العلة هي القبض من نفسه، حيث وكله المالك في التعيين والقبض، وقد أطلق ها هنا جواز الصدقة به عنه، فإما أن يكون هذا رواية ثانية بالجواز مطلقاً، أو محمولاً على حالة تعذر وجود المالك أو وكيله، وهو الأقرب، وكذلك نص في «رواية أبي طالب» فيمن عليه دين لرجل وقد مات، وعليه ديون للناس، فقضى عنه دينه بالدين الذي عليه: أنه يبرأ به في الباطن.

والثاني: إذا أراد من بيده عين جهل مالكها أن يمتلكها ويتصدق بقيمتها عن مالكها؛ فنقل صالح عن أبيه الجواز فيمن اشترى آجراً، وعلم أن البائع باعه ما لا يملك، ولا يُعْرَفُ له أرباب أرجو إن أخْرَجَ قيمةَ الآجر، فتصدق به أن ينجوَ من إثمه.

وقد يتخرج فيه خلاف من جواز شراء الوكيل من نفسه، ويشهد له اختلاف الرواية عنه فيمن له دين وعنده به رهن وانقطع خبر صاحبه وباعه؛ هل له أن يستوفي دينه منه ويتصدق بالفاضل، أم يتصدق به كله؟

على روايتين؛ لأن فيه استيفاء للحق بنفسه من تحت يده، واختار ابن عقيل جوازه مطلقاً، وخرجه من بيع الوكيل من نفسه ومن مواضع أخر.

القاعدة الثامنة والتسعون

من ادعى شيئاً ووصفه دفع إليه بالصفة إذا جهل ربه، ولم يثبت عليه يد من جهة مالكه، وإلا؛ فلا.

ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: اللقطة يجب دفعها إلى واصفها، نص عليه، وإن وصفها اثنان؛ فهي لهما، وقيل: يقرع بينهما، وإن استقصى أحدهما الصفات، واقتصر الآخر على القدر الذي يجزئ في الدفع؛ فوجهان مخرجان من الترجيح بالنساج والنتاج، ذكره ابن عقيل في «مفرداته».

ومنها: الأموال المغصوبة والمنهوبة والمسروقة؛ كالموجودة مع اللصوص وقطاع الطريق ونحوهم يكتفى فيها بالصفة.

ومنها: تداعي المؤجر والمستأجر دفناً في الدار فهو لواصفه منهما، نص عليه في «رواية الفضل بن زياد»[1].

ومنها: اللقيط إذا تنازع اثنان أيهما التقطه، وليس في يد أحدهما، فمن وصفه منهما؛ فهو أحق به.

ومنها: من وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة؛ فإنه يستحقه بالوصف ونحوه مما يدل على أنه له، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل، وسئل: أتزيد على ذلك بينة؟ قال: لا بد من بيان يدل على أنه له، وإن علم ذلك دفعه إليه الأمير. انتهى.

وقد قضى سعد بن أبي وقاص ﷺ في هذا بالعلامة المحضة.

---

(١) الفضل بن زياد أبوالعبّاس القطّان البغدادي، كان من أصحاب أحمد وله مسائل كثيرة عنه.

القاعدة التاسعة والتسعون

ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأموال والأعيان ولا ضرر في بذله؛ لتيسره وكثرة وجوده، أو المنافع المحتاج إليها، يجب بذله مجاناً بغير عوض في الأظهر.

ويندرج تحت ذلك مسائل:

منها: الهر لا يجوز بيعه على أصح الروايتين، وثبت في «صحيح مسلم»[(١)] النهي عنه، ومأخذ المنع ما ذكرنا.

ومنها: الماء الجاري والكلأ يجب بذل الفاضل منه للمحتاج إلى الشرب وإسقاء بهائمه، وكذلك زروعه على الصحيح أيضاً، وسواء قلنا يملكه من هو في أرضه أو لا، والصحيح أن مأخذ المنع من بيعه ما ذكرنا لا أنه غير مملوك بملك الأرض؛ فإن النصوص متكاثرة عن أحمد بملك المباحات النابتة في الأرض، ويشهد له أيضاً ما نص عليه أحمد في رواية ابن منصور[(٢)] في اللقاط: لا أرى لصاحب الأرض أن يمنعه الناس فيه سواء، مع أنه مملوك له بلا إشكال، ولا يقال: زال ملكه عنه بمصيره منبوذاً مرغوباً عنه؛ لأن المنع والبيع ينافي ذلك.

ومنها: وضع الخشب على جدار الجار إذا لم يضر به، وكذلك إجراء الماء في أرضه على إحدى الروايتين.

ومنها: إعارة الحلي ظاهر كلام أحمد وجماعة من الأصحاب وجوبه، وصرح به بعض المتأخرين، واختار بعضهم وجوب بذل الماعون، وهو ما خف قدره وسهل؛ كالدلو والفأس والقدر والمنخل وإعارة الفحل للضراب، وهو اختيار الحارثي، وإليه ميل الشيخ تقي الدين[(٣)].

ومنها: المصحف تجب عليه إعارته لمن احتاج إلى القراءة فيه، ولم يجد مصحفاً غيره، نقله القاضي في «الجامع الكبير»، وذكر ابن عقيل في كلام مفرد أن الأصحاب عللوا قولهم: لا

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٦٧).

(٢) مسائل أحمد لابن منصور (ص٢١٣).

(٣) «الاختيارات» (١٥٩).

يقطع بسرقة المصحف؛ لأن له فيه حق النظر لاستخراج أحكام الشرع إذا خفيت عليه، وعلى صاحبه بذله، كذلك قال ابن عقيل، وهذا تعليل يقتضي التسوية بين سرقته وسرقة كتب السنن؛ فإنها مضمنة من الأحكام أمثال ذلك، والحاجة داعية إليها وبذلها للمحاويج إليها من القضاة والحكام وأهل الفتاوى واجب على مالكها. انتهى.

ومنها: ضيافة المجتازين، والمذهب وجوبها، وأما إطعام المضطرين؛ فواجب، لكن لا يجب بذله مجاناً، بل بالعوض، وأما المنافع المضطر إليها كمنفعة الظهر للمنقطعين في الأسفار وإعارة ما يضطر إليه؛ ففي وجوب بذلها مجاناً وجهان، واختار الشيخ تقي الدين[1] أن المضطر إلى الطعام إذا كان فقيراً وجب بذله له مجاناً؛ لأن إطعامه فرض كفاية؛ فلا يجوز أخذ العوض عنه، بخلاف الغني؛ فإن الواجب معاوضته فقط، وهذا حسن.

وحكى الآمدي رواية أنه لا يضمن المضطر الطعام الذي أخذه من صاحبه قهراً لمنعه إياه.

ومنها: رباع مكة لا يجوز بيعها ولا إجارتها على المذهب المنصوص، واختلف في مأخذه؛ فقيل: لأن مكة فتحت عنوة، فصارت وقفاً أو فيئاً؛ فلا ملك فيها لأحد، وعلى هذا؛ فينبني الخلاف في البيع والإجارة على الخلاف في فتحها عنوة أو صلحاً، وقيل: بل لأن الحرم حريم البيت والمسجد الحرام، وقد جعله الله للناس؛ سواء العاكف فيه والباد؛ فلا يجوز لأحد التخصيص بملكه وتحجره، بل الواجب أن يكون الناس فيه شرعاً واحداً؛ لعموم الحاجة إليه، فمن احتاج إلى ما بيده منه؛ سكنه، وإن استغنى عنه؛ وجب بذل فاضله للمحتاج إليه، وهو مسلك ابن عقيل في «نظرياته».

وسلكه القاضي في «خلافه» أيضاً، واختاره الشيخ تقي الدين[2]، وتردد كلامه في جواز البيع؛ فأجازه مرة كبيع أرض العنوة عنده، ويكون نقلاً لليد بعوض، ومنع منه أخرى؛ إذ الأرض وإنقاض البناء من الحرم غير مملوك للباني، وإنما له التأليف، وقد رجح به بتقديمه في الانتفاع؛ كمن بنى في أرض مسبلة للسكنى بناء من ترابها وأحجارها، ونقل ابن منصور عن

---

(١) «الاختيارات» (٣٢٢).

(٢) «مجموع الفتاوى» (٢٩/ ٢١١).

أحمد ما يدل على جواز البيع دون الإجارة، وتأوله القاضي.

وعلى هذا المأخذ؛ فقد يختص المنع بالقول بفتحها عنوة لمصير الأرض فيئاً، وقد نص أحمد في «رواية حنبل» على أن علة الكراهة أنها فتحت عنوة؛ فصار المسلمون فيها شركاً واحداً. قال: وعمر إنما ترك السواد لذلك. قال: ولا يعجبني منازل السواد ولا أرضيهم، وهذا نص بكراهة المنع في سائر أراضي العنوة، وبكل حال؛ فلا يجب الإسكان في دور مكة إلا في الفاضل عن حاجة السكن، نص عليه.

القاعدة المئة

الواجب بالنذر هل يلحق بالواجب بالشرع أو بالمندوب؟

فيه خلاف يتنزل عليه مسائل كثيرة:

منها: الأكل من أضحية النذر، وفيه وجهان، اختار أبو بكر الجواز.

ومنها: فعل[(١)] الصلاة المنذورة في وقت النهي، وفيه وجهان، أشهرهما الجواز[(٢)].

ومنها: نذر صيام أيام التشريق والصلاة في وقت النهي، وفيه وجهان أيضاً، واختار ابن عقيل أنه كنذر المعصية؛ لأن الملتزم بالنذر هو التطوع المطلق[(٣)].

ومنها: لو نذر صلاة؛ فهل يجزئه ركعة، أو لا بد من ركعتين؟

على روايتين[(٤)].

---

(١) **ابن عثيمين**: (قول أبي بكر بالجواز هو الصحيح، وذلك لأن الناذر يقول: لله عليَّ نذر أن أذبح أضحية، ومعلوم أن الأضحية يجوز له أن يأكل منها ومن نذر بشيء فإنه لا يأكل منه ونذر الأضحية له وجهان:
الوجه الأول: أن يقول: لله علي نذر أن أضحي هذا العام.
والثاني: أن يقول لله علي أن أضحي بهذه الشاة.
وكلاهما سواء، والصحيح أن له أن يأكل لأن موضوع الأضحية شرعاً الأكل والإهداء والصدقة، وبذلك تكون الأضحية المنذورة كالواجبة بالشرع) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (إذا قال الإنسان: لله عليَّ نذر أن أصلي ركعتين؛ فهذا نذر مطلق؛ فهل يجوز أن يصلي في وقت النهي، أو لا يجوز؟
يقول: فيه وجهان، أشهرهما الجواز، والصحيح أنه لا يجوز إلا إذا وجد سبب النذر في وقت النهي، مثل أن يقول: إن قدم فلان؛ لله عليَّ نذر أن أصلي ركعتين. فقدم فلان في وقت النهي؛ ففي هذه الحال يجوز أن يصلي؛ لأنه وجد سبب الصلاة في وقت النهي؛ فصارت صلاةً ذات سبب؛ وإذا كان كذلك؛ جاز أن تُصلى في وقت النهي) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (لو قال: لله علي أن أصوم الحادي عشر والثاني عشر والثالث عشر من شهر ذي الحجة؛ فهذا لا يجوز ولا يجوز أن يصوم لأنه نذر معصية، وقد قال النبي ﷺ: «من نذر أن يعصي الله؛ فلا يعصه») ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين**: (فهل تجزئه ركعة لأن أقل صلاة تطوع ركعة، وهي الوتر، أو لا بد من ركعتين لأن أقل صلاة الفريضة ركعتان؟
إذا قلنا: إن الواجب بالنذر كالواجب بالشرع؛ قلنا: يلزمه ركعتان، وإذا قلنا بالمندوب؛ قلنا يجزئه ركعة، والظاهر أنه يلزمه ركعتان؛ لأنه المتبادر للذهن في الغالب) ا.هـ

ومنها: لو نذر عتق رقبة؛ لم تجزئه إلا سليمة، ذكره القاضي حملاً له على واجب الشرع، ويحتمل أن يجزئه ما يقع عليه الاسم؛ كالوصية؛ فإن القاضي سلمها مع أن المنصوص عن أحمد فيمن وصى بعتق رقبة لا يعتق عنه إلا سليمة.

ومنها: لو نذر صوم شهر، فجن فيه جميعه؛ لم يلزمه قضاؤه على الأصح، وليس كذلك إذا جن جميع رمضان.

ومنها: لو نذر أن يصوم يوم يقدم فلان، فقدم في أثناء النهار وهو ممسك، فصامه؛ أجزأه على الأصح، وعنه يلزمه قضاؤه.

القاعدة الحادية بعد المئة

من خُيِّرَ بين شيئين، وأمكنه الإتيان بنصفيهما معاً؛ فهل يجزئه أم لا؟

فيه خلاف يتنزل عليه مسائل[١]:

منها: لو أعتق في الكفارة نصفي رقبتين، وفيها وجهان، وقيل: إن كان باقيهما حرّاً؛ أجزأ وجهاً واحداً لتكميل الحرية به.

وخرجوا على الوجهين: لو أخرج في الزكاة نصفي شاتين، وزاد صاحب «التلخيص»: لو أهدى نصفي شاتين، وفيه نظر؛ إذ المقصود من الهدي اللحم، ولهذا أجزأ فيه شقص من بدنة، وقد روى عن أحمد ما يدل على الإجزاء ها هنا.

ومنها: لو أخرج الجبران في زكاة الإبل شاة وعشرة دراهم؛ فهل يجزئه؟

على وجهين:

---

(١) **ابن عثيمين**: (هذا شخص وجب عليه شيء، لكنه مخير فيه، فإذا أتى بنصفي هذا الشيء من المخير فيه؛ هل يجزئه أم لا؟ فإذا أعتق نصفي رقبتين، أي اشترى نصف هذا العبد فأعتقه واشترى نصف العبد الثاني فأعتقه؛ فهل يجزئ؟ يقول المؤلف: في ذلك وجهان، والفرق بين الوجهين والروايتين أن الوجهين عن الأصحاب والروايتين عن الإمام احمد، وفيه قول ثالث بالتفصيل: أنه إن كملت الحرية فيهما أجزأ، وإلا؛ فلا، وهذا القول قريب جداً، وأما القول بالتشقيص دون كمال الحرية؛ فهو ضعيف جداً، وعلى هذا؛ فيكون ثلاثة آراء:

١. الأجزاء مطلقاً.
٢. عدمه مطلقاً.
٣. التفصيل.

وكمال الحرية بأن يكون النصف الذي اشتريته هو يكمل حرية العبد بأن يكون نصفه الذي قبل هذا النصف محرراً.
وهذا القول جيد؛ لأنه يحصل به الإنسان على تحرير رقبتين، ولو أخرج في الزكاة نصفي شاتين، كان يكون عنده خمس من الإبل أو أربعون من الغنم، فأخرج نصف الشاتين؛ يقول المؤلف: إنه يجزئه ذلك، ولكنه في النفس من هذا شيء؛ لأنه إذا أخرج شاة كاملة حصل الفقير على شاة ليس فيها تشقيص، وهو حرٌّ فيها، أما إذا أعطي نصف شاتين؛ فيكون له شريك، وربما تأذى من الشركة؛ فعلى هذا الصحيح أن ذلك لا يجزئه، ومثله لو أهدى نصفي شاتين؛ فهذا لا بأس به لأنه سوف يذبح هاتين الشاتين، والمقصود وهو الذبح ومنفعة الفقراء في الحرم باللحم، وهذا حاصل بنصفي الشاتين) ا.هـ

ومنها: لو كفر بيمينه بإطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة؛ فإنه يجزئ على المشهور، وفيه وجه مذكور في «شرح الهداية» في زكاة الفطر.

ومنها: لو أخرج في الفطرة صاعاً من جنسين؛ فالمذهب الإجزاء، ويتخرج فيه وجه آخر.

ومنها: لو كفر في محظورات الحج[١] بصيام يوم وإطعام أربعة مساكين؛ فالأظهر منعه[٢].

وفي «أحكام القرآن» للقاضي: يحتمل الجواز؛ لأنها على التخيير، بخلاف كفارة اليمين، وعلى قياس هذا لو أعتق في كفارة اليمين ثلث رقبة وأطعم أربعة مساكين وكسى أربعة مساكين: أنه يجزئ، وفيه بعد.

ومنها: لو أخرج عن أربع مئة من الإبل أربع حقاق وخمس بنات لبون؛ جاز بغير خلاف عندنا؛ لأنه عمل بمقتضى قوله: «في كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حِقَّة»، ولأن هذه واجبات متعددة؛ فهي ككفارات متعددة؛ فإن أخرج بتشقيص؛ كما لو أخرج عن مئتين حقتين وبنتي لبون ونصفا؛ فهو كإخراج نصفي شاتين على ما سبق[٣].

---

(١) الأولى أن يقول محظورات الإحرام حتى يشمل الحج والعمرة.

(٢) **ابن عثيمين**: (وهذا في فدية الأذى فقط، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ ۚ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة:١٩٦]؛ فالصيام ثلاثة أيام، والإطعام إطعام ستة مساكين، وإذا صام يوماً؛ فإنه يقابل إطعام مسكينين؛ فهذا رجل صام يوماً وأطعم أربعة مساكين، أو صام يومين وأطعم مسكينين؛ فهل يجزئه ذلك أم لا؟

يقول المؤلف: الأظهر منعه، وهو الصواب؛ للتباين بين الإطعام والصيام، بخلاف الذي أخرج نصف صاع من بُرّ ونصف صاع من أرز في صدقة الفطر؛ لأن القصد فيهما واحد، وهو الإطعام، وقد حصل، وأما هنا نوعان متباينان؛ فلا يمكن أن يجتمعا في آن واحد) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين**: (الظاهر عدم الإجزاء؛ لأنّ التشقيص فيه مضرة المشاركة، ومن المعلوم أن انفراد الإنسان في ملكه أحب إليه من مشاركة غيره له فيه.

والخلاصة: إن من خير بين شيئين، وأمكنه الإتيان بنصفيهما معاً؛ فهل يجزئ أو لا؟

وقع خلاف في هذه المسألة، ولا شك أن الأفضل أن يجعل كل جنس على حدة، والا يوزع أولاً؛ لأن هذا ما جاءت به النصوص، وثانياً لأنه قد يكون للشارع نظر في هذا المقدار المعين من هذا النوع المعين، وفيما ذكر من المسائل بعضها قريب وبعضها بعيد) ا.هـ

القاعدة الثانية بعد المئة

من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم، وكان مما تدعو النفوس إليه؛ ألغي ذلك الشرط، وصار وجوده كالعدم، ولم يترتب عليه أحكامه.

ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة:

منها: الفار من الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب أو إخراجه عن ملكه تجب عليه الزكاة، ولو أكثر صرف أمواله في تملك ما لا زكاة فيه؛ كالعقار والحلي؛ فهل ينزل منزلة الفار؟ على وجهين.

ومنها: المطلق في مرضه لا يقطع طلاقه حق الزوجة من إرثها منه؛ إلا أن تنتفي التهم بسؤال الزوجة ونحوه؛ ففيه روايتان.

ومنها: القاتل لموروثه لا يرثه، وسواء كان متهماً أو غير متهم عند أكثر الأصحاب.

وحكى ابن عقيل في «مفرداته» و «عمد الأدلة» وجهاً: أنه متى انتفت التهمة؛ كقتل الصبي والمجنون؛ لم يمتنع الإرث قال: وهو أصح عندي.

ومنها: قتل الموصى له الموصي بعد الوصية؛ فإنه يبطل الوصية رواية واحدة على أصح الطريقين.

ومنها: السكران بشرب الخمر عمداً يجعل كالصاحي في أقواله وأفعاله فيما عليه في المشهور من المذهب، بخلاف مِنْ سُكْرٍ ببنجٍ ونحوه، أو أزال عقله بأن ضرب رأسه فجن؛ فإنه لا يقع طلاقه على المنصوص؛ لأن ذلك مما لا تدعو النفوس إليه، بل في الطبع وازع عنه، ولذلك لا يجب عليه قضاء الصلاة إذ جن في هذه الحالة على الصحيح.

ومنها: تخليل الخمر لا يفيد حله ولا طهارته على المذهب الصحيح.

ومنها: ذبح الصيد في حق المحرم لا يبيحه بالكلية، وذبح الكل للمحرم لا يبيحه للمحرم

المذبوح له أيضاً، وفي حله لغيره من المحرمين وجهان، ولا يرد على هذا ذبح الغاصب والسارق؛ لأن ذبحهما لا يترتب عليه الإباحة لهما؛ فإنه باقٍ على ملك المالك ولا إباحة بدون إذنه مع أن أبا بكر التزم تحريمه مطلقاً، وحكاه رواية، ويلتحق بهذه القاعدة.

قاعدة

من تعجل حقه، أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم؛ عوقب بحرمانه.

ويدخل فيها من مسائل:

الأولى: مسألة قتل الموروث والموصى له.

ومنها: الغال من الغنيمة يحرم أسهمه منها على إحدى الروايتين.

ومنها: من تزوج امرأة في عدتها حرمت عليه على التأبيد على رواية.

ومنها: من تزوجت بعبدها؛ فإنه يحرم عليها على التأبيد؛ كما روى عن عمر ﷺ[1]، نص عليه أحمد في رواية عبد الله[2]، ذكره الخلال في أحكام العبيد عن الخضر بن المثنى الكندي عنه، والخضر هذا مجهول، ينفرد عن عبد الله برواية المناكير التي لا يتابع عليها.

ومنها: من اصطاد صيداً قبل أن يحل من إحرامه؛ لم يحل له؛ وإن تحلل حتى يرسله ويطلقه، وأما إذا قتل الغريم غريمه؛ فإنه يحل دينه عليه، كما لو مات، صرح به جماعة من الأصحاب.

ويتخرج فيه وجه آخر: أنه لا يحل طرداً للقاعدة.

---

(١) أثر عمر ذكره عبدالله بن الإمام أحمد في مسائلة (ص٣٢٣).

(٢) مسائل أحمد برواية ابنه عبدالله (٣٢٣).

القاعدة الثالثة بعد المئة

الفعل الواحد يبنى بعضه على بعض مع الاتصال المعتاد، ولا ينقطع بالتفرق اليسير، ولذلك صور:

منها: مكاثرة الماء القليل النجس بالماء الكثير يعتبر له الاتصال المعتاد دون صب القلتين دفعة واحدة[1].

ومنها: الوضوء إذا اعتبرنا له الموالاة؛ لم يقطعه التفرق اليسير، وهل الاعتبار فيه بالعرف أو بجفاف الأعضاء؟

على روايتين[2].

---

(١) **ابن عثيمين:** (صورة المسألة: هذا ماء نجس قليل وأراد الإنسان أن يطهّرهُ بالمكاثرة بالماء؛ فيأتي بماء كثير -وحدّ الكثير عندهم ما بلغ قلتين فأكثر-؛ فيصبُّه على هذا الماء القليل، فإذا صبّه دفعة واحدة بأن كان في إناء واسع وصبه دفعة واحدة؛ فطهارة الماء القليل واضحة لأن الفعل لم يتفرق وإن صبّ على هذا الماء النجس ماءً قليلاً؛ فهل يطهر الماء القليل النجس؟

لا؛ لأن الماء القليل لا يطهر، بل ينجس بملاقاته لذلك الماء النجس الذي قبله، وصار الكل نجساً، فإذا أتى في اليوم الثاني وصب عليه ماءً قليلاً؛ فإنه كذلك لا يطهر، وفي الصورة الثالثة صبّ من الماء الكثير ماءً قليلاً وبقي يصب أو مع وقف قليل ولكنه في النهاية صبّ كثيراً؛ فهل يطهر الماء النجس أو لا؟

نعم، يطهر؛ لأن هذا الفعل ينبني بعضه على بعض مع الاتصال أو التفريق اليسير.

وصورة رابعة: جاء بماء كثير ليصبه على الماء القليل، ولكنه جعل فم القربة ضيقاً وأخذ يصب على الماء القليل النجس؛ فهل يجزئ؟

يجزئ ويكون الماء القليل طاهراً، وعلى هذا؛ فالصور أربعة:

أ.صب الماء الكثير دفعة واحدة، هذا يطهر.

ب.بتفرق بعيد، هذا لا يطهر.

ج.بتفرق يسير، هذا يطهر.

د.بالاتصال، هذا يطهر

وهذا التفصيل بناءً على المذهب، وتقدم أن الصواب أن الماء يطهر بأي صورة متى صار تغيره تتقدمه) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (أفاد المؤلف في هذه المسألة؛ أنّ الموالاة في الوضوء فيها خلاف لقوله: (إذا اعتبرت الموالاة) وهذا صحيح، فإن الموالاة في الوضوء فيها لأهل العلم قولان:

القول الأول: أنّه يشترط المولاة، والقول الثاني: أنه لا يشترط، وعلى هذا القول لو غسل الإنسان وجهه بنيّة الوضوء في الساعة الواحدة ثم غسل يديه في الساعة الثانية ثم مسح رأسه في الساعة الثالثة ثم غسل رجليه في الساعة الرابعة، أجزأه ما دام قد غسل وجهه في الأول بنيّة الوضوء؛ لأنّ الموالاة ليست بشرط، وهذا الرجل قد أتى بما أمر الله به فغسل وجهه ويديه إلى المرفقين، ومسح برأسه وغسل رجليه. ولكن المشهور أنّ الموالاة شرط؛ لأنّ هذا فعل واحد بعبادة واحدة فلا بد أن تتصل أجزاءها بعضها ببعض، وهذا هو الصحيح؛ لأنّ الموالاة في الوضوء شرط، ومن ذلك الموالاة في الطواف والسعي هل هي شرط أم لا؟ قال بعض العلماء: إنها شرط وقال آخرون: إنها ليست بشرط بل هي سُنّة، وفرّق آخرون بين السعي والطواف، فقالوا: هي في الطواف شرط، وفي السعي سُنّة، وعلى هذا

=

القول؛ (أنّ الموالاة ليست شرطاً)، لو طاف إنسان في الشوط الأوّل في الساعة الواحدة والشوط الأوّل في الساعة الواحدة والشوط الثاني في الساعة الثانية والثالث في الثالثة والرابع في الرابعة والخامس في الخامسة والسادس في السادسة والسابع في السابعة سبع ساعات، صحّ، وعليه لو طاف الشوط الأول ورأى أنه قد تضايق فخرج من الطواف لا بنية قطع الطواف، ولكن بنية إتمامه بعد السعي، وذهب ولكن المطاف لم يخف إلا بعد العصر وهو قد طاف الشوط الأول في أول النهار، أيكمل أم لا؟ يكمل على هذا القول وهذا القول وإنْ كان ضعيفاً من حيث النظر، والدليل بأنّ الطواف عبادة واحدة فلا بد أنّ ينبني بعضه على بعض، لكن أحياناً القول به فيما إذا حصل للإنسان شيء بغير اختياره (فيه حرج)؛ مثلاً حصل سؤال هذا العام عن جماعة معهم نساء طافوا طواف العمرة ثم أذن الفجر؛ عادتهم أنّه إذا أذن أخرجوا النساء من المطاف، يقول: أخرجونا من المطاف ولم نجد مكاناً إلا في السوق فبقينا نحو ثلث الساعة ونحن نخرج إلى السوق ثم بعد الرجوع عجزنا أن نمشي -يعني الناس يقابلونا خارجين- فأبقونا نصف ساعة أو أكثر، حتى وصلنا إلى المطاف، يقول: بين خروجنا ورجوعنا ساعة فأكملنا الطواف، فعلى القول بالموالاة لا يجزءهم، والواجب أن يعيدونه من جديد، وعلى القول بعدم الموالاة -وهذا على الأصح من مذهب الشافعية- يجزءهم، والحقيقة أنّه ينبغي في مثل هذه الصورة أن يفتَوا بالجواز لأنّهم خرجوا بغير اختيارهم، وتأخر النساء بغير اختيارهم، ولو قلنا أنّه يلزمهم الاستئناف فلربما يحدث مثل هذه الحالة أيضاً، ويؤدي إلى عدم البناء (أي بناء العبادات بعضها على بعض) أيضاً. فإذا لم يكن في المسألة نص واضح ينبغي للإنسان في باب الفتوى خصوصاً -إذا لم يمكن التدارك- أنْ يسهّل فيها، فعلى القول باشتراط الموالاة ماذا يجعل نسكهم؟ هم الآن متمتعون وطافوا هذا الطواف وسعوا وقصروا ولبسوا وأحرموا بالحج يوم ثمانية فعلى القول باشتراط الموالاة فانها تسقط في هذه الحال فماذا نجعل نسكهم؟ نجعله قراناً لأنّهم أدخلوا الحج على العمرة؛ لأنّ العمرة ما صحت لعدم صحّة الطواف، ولما لم يصح الطواف لم يصح السعي، حينئذ نقول: أنتم قارنون، وربما تحللوا وربما كان إنسان معه أهله فجامع، فنقول لا يلزمهم شيء؛ لأنهم جاهلون لم يفعلوا هذا إلا ظناً منهم أنهم تحللوا من النسك.

هم لم يفعلوا المحظور في النسك، بل فعلوا المحظور بناءً على أنهم قد حلّوا وليسوا في نسك. فعذرهم بالجهل هنا واضح، المهم أنّ مثل هؤلاء إذا أفتوا بالقول بأنه لا تشترط الموالاة لا سيما مع الإكراه، فإنّه قول وجيه، وهذه القاعدة أخذناها من شيخنا عبدالرحمن السعدي ولابد أن تكون صحيحة على أنه يفرق بين الشيء الذي يمكن تلافيه والذي لا يمكن إلا ما خالف النص، فلا بد لنا أن نسلم له، لكن ما دامت في المسألة خلاف بين العلماء واجتهادات فإنّه ينبغي أن لا نكلف الناس شيئاً يشق عليهم إلا بدليل من الشرع وهذا قد جرى عليه أيضاً أهل العلم سابقاً، وأنا أذكر أنّه قد مرَّ عليَّ عبارة لابن مفلح ما أدري في كتاب «الفروع» أو في «الآداب الشرعية» أنّ رجلاً من السلف أفتى ابنه بشيء فكأنه استثقله الابن فقال له: إما أن تفعل: وإما أن أفتيك بقول فلان؛ الذي هو أشد. وعندنا الآن مسألة الموالاة في الوضوء، إذا قلنا باشتراط الموالاة فيم تنطبق؟ هل هو بالعرف أو بجفاف العضو؟ المذهب أنّها بجفاف العضو وأنْ لا يؤخر غسل عضو حتى يجف الذي قبله، لكن بزمن معتدل، وفي جو معتدل أو في مكان معتدل، فإذا كان بزمن غير معتدل أو كنا في جو غير معتدل، وكان شدة الحر وفيه رياح هواء، فإن العضو سوف ينشف بسرعة وهذا لا عبرة فيه، وإذا كنا في مدينة جُدة والماء كثير وفي زمن الشتاء متى ييبس فهذا من الممكن أن لا ييبس أبداً، فهل نأخذ بهذا الاعتبار أولا نأخذ به؟ لأن المعتبر جفاف العضو في زمن معتدل. أم العبرة في العرف؟ فيه قول آخر: أن العبرة في العرف، لكن العرف في الحقيقة صعب جداً؛ لأن الانضباط في العرف مشكلة، فما هو العرف الذي نعرف أن آخر الوضوء انبنى على أوله مع أن الحقيقة أنّ مسألة العرف فيها صعوبة جداً؛ فأشياء كثيرة مقيدة بالعرف؛ فمثلاً الموالاة مقيدة بالعرف -على هذا الرأي- وكذلك مقيد بالعرف ما إذا سلّم الإنسان قبل تمام الموالاة، فالمعتبر العرف كذلك. والسفر الذي يكون فيه القصر عند شيخ الإسلام المعتبر العرف. فما هو العرف في هذه الأشياء؟ إذا قلنا أن الفصل في الصلاة فإذا سلّم منها قبل تمامها المعتبر بطولها أو قصرها فما هو العرف؟ الأقرب في مسألة العبادة خاصة؛ أنْ يقال: إذا ظهر التباين بين أجزائها بحيث لا يعرف من شاهدها أنّها عبادة

=

ومنها: الصلاة يجوز البناء عليها إذا سلم منها ساهياً مع قرب الفصل ولا تبطل بذلك.

ومنها: المسافر إذا أقام مدة يومين؛ فهو سفر واحد، ينبني بعضه على بعض، وإن زاد؛ لم يبن.

ومنها: إذا ترك العمل في المعدن الترك المعتاد أو لعذر، ولم يقصد الإهمال، ثم عاد إلى الاستخراج؛ ضم الثاني إلى الأول في النصاب.

ومنها: الطواف إذا تخلله صلاة مكتوبة أو جنازة يبني عليه؛ سواء قلنا: الموالاة فيه سنة، أو شرط على أشهر الطريقين للأصحاب.

ومنها: لو حلف لا أكلت إلا أكلة واحدة في يومي هذا؛ فأكل متواصلاً؛ لم يحنث، وإن تفرق التفرق المعتاد على الأكلة الواحدة؛ ولو طال زمن الأكل، وإن قطع ثم عاد بعد طول الفصل؛ حنث[1]، ذكره القاضي في «خلافه» في القطع في السرقة والآمدي، وقياسه: لو حلف لا وطئها إلا مرة واحدة، فإن الوطء في العرف عبارة عن الوطء التام المستدام إلى الإنزال، ولا يبعد أن يقال مثل ذلك فيمن رتب حكماً على مطلق الوطء.

وفي «الترغيب» أنه ظاهر كلام أصحابنا فيما إذا قال: إن وطئتك؛ فوالله لا وطئتك، ولكن لمنصوص الحنث بالتقاء الختانين.

وقد ذكر القاضي وجهاً: إنه لا حدَّ على من أكمل الوطء المعلق عليه الطلاق الثلاث بإتمامه إلى الإنزال[2].

ومنها: لو أخرج السارق من الحرز بعض النصاب، ثم دخل وأخرج باقيه، وكل منهما بانفراده لا يبلغ نصاباً، فإن لم يطل الفصل بينهما؛ قطع، وإن طال؛ ففيه وجهان ذكرهما القاضي في «خلافه» وصاحب «المحرر» وعمهُ في «الترغيب»، وقال: اختار بعض شيوخي أنه لا

واحدة؛ مثلاً واحد سلّم قبل التمام ثم صار يسبح ويهلل حتى أكمل التسبيح وقيل له: إنك نقصت ركعة فقام وسلّم؛ فكلنا يعرف أن هذه الصلاة انبنى بعضها على بعض. لكن لو أنه لما سلم قبل تمام الصلاة وكان نجاراً أخذ القدّوم فصار ينجر وفي خلال خمس دقائق قيل له: إن صلاتك لم تتم. فالذي يظهر -حال هذا الرجل- أن الصلاة انقطع بعضها عن بعض؛ لأنه عمل عملاً بعيداً عن الصلاة، فلا يظن الرائي أنه بنى صلاته أولها على آخرها) ا.هـ

(١) **ابن عثيمين:** (قال رجل والله لا آكل اليوم إلا أكلة واحدة فأكل أكلاً متواصلاً من طلوع الشمس إلى الظهر لكنه أكل متواصل كلما جاءوا له بصحن أكل منه لقمة أو لقمتين ثم بعد عشر دقائق جاء بالصحن الثاني وهكذا فاستوعب كل الصحن فإنه يعتبر أكل أكلةً واحدة فهذا لا يحنث لأن هذا التفريق تفريق معتاد أما لو أكل ثم قام بعد الانتهاء منها ثم عاد إلى أكلةٍ أخرى فإنه يحنث) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (الذي يظهر في مثل هذه المسألة أن الصواب تعليق الحكم بما دلّ عليه الحديث، وهو التقاء الختانين؛ إلا أن تكون نية الحالف سوى ذلك، وإلا؛ فلا شك أنه عند الإطلاق يحصل الجماع بالتقاء الختانين) ا.هـ

قطع مع طول الفصل[(١)].

ومنها: إذا ترك المرتضع الثدي بغير اختياره، ثم عاد إليه قبل طول الفصل؛ فهي رضعة واحدة عند ابن حامد، وكذا ذكر الآمدي: أنه لو قطع باختياره لتنفس أو إعياء يلحقه ثم عاد ولم يطل الفصل؛ فهي رضعة واحدة. قال: ولو انتقل من ثدي إلى آخر ولم يطل الفصل؛ فإن كان من امرأة واحدة؛ فهي رضعة واحدة، وإن كان من امرأتين؛ فوجهان، وحكى أبو الخطاب عن ابن حامد نحو ذلك في جميع الصور؛ إلا في صورة المرأتين، وذكر أيضاً أنه ظاهر كلام الخرقي، وحكى عن أبي بكر أنها تكون رضعتين في جميع ذلك، وأنه ظاهر كلام أحمد، والله أعلم[(٢)].

---

(١) **ابن عثيمين**: (السرقة لا بد فيها من نصاب وهو ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما يساويهما فهذا رجل يريد أن يسرق فدخل الدكان فقال إن خرجت بثوبين خرجت بما في قيمته ربع دينار وإن خرجت بثوب واحد خرجت بأقل من ربع الدينار فلا يقتص فخرج بثوب واحد ثم رجع إلى الثوب الثاني فأخرجه، إن نظرنا إلى كل ثوب بانفراده لم يبلغ النصاب فلا قصاص وإن نظرنا بمجموعهما فقد بلغ النِّصاب فيجب القطع يقول المؤلف أنه مع طول الفصل لا قطع ومع قربه فإنه يقطع.

لو قال قائل: إنه يرجع إلى نية السارق، فإذا سرق الأول ومن نيته أن يسرق الثاني؛ قطع، لا سيما إذا فعل هذا التفريق من باب الحيلة، وأما إذا سرق الأول، ثم ذهب به ولم يكن في نيته أن يرجع، ثم بدا له بعد أن يرجع، فهذه سرقة جديدة، ولا قطع عليه حينئذ، ولكن إذا قلنا: العبرة هي هذا التفصيل؛ فطريق العلم بذلك يكون بإقراره؛ فإننا كما رجعنا إلى إقراره في أصل السرقة نرجع إلى إقراره في وصف السرقة، فإن قال قائل: إذا ثبت هذا ببينة؛ فماذا تقولون؛ هل يُقبل قوله إنه فرق، وهو لا يريد السرقة الثانية، أو نقول: الأصل أنه أراد الرجوع؟

قيل: حينئذ نرجع إلى التفريق، فإن كان طويلاً؛ فالظاهر أنه لم يرد السرقة، وإن كان يسيراً؛ فالظاهر أنه أرادها) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (والصحيح في هذا كله أنها رضعة واحدة، حتى ولو أطلق الثدي عدة مرات، بل ولو انتقل من ثدي إلى آخر؛ فإنه رضعة واحدة، ولكن لو انتقل من امرأة إلى امرأة؛ فهل هي رضعة واحدة أو اثنتين؟

فيه وجهان، والأقرب أن هذا رضعتان؛ لاختلاف المرأتين؛ وعلى هذا مثلاً لو أن طفلاً أرضعته إحدى المرأتين لرجل فقرع الباب فقامت وقالت للثانية خذي الطفل أرضعيه فأرضعته ثم رجعت الأولى وأخذته منها فأرضعته ثم قرع الباب فقامت لتفتحه فأعطته للثانية فكان عشرة مرات فما يعتبر على أحد الوجهين يعتبر رضعة واحدة ولكن في النفس شيء إذا تعددت المرتان فالظاهر أنه إذا تعددت المرتان فكل امرأة يعتبر إرضاعها رضعة أما إن كان عند امرأة واحدة فلو تنقل من ثدي إلى ثدي عشرين مرة لا يعتبر إلا رضعة واحدة وهذا هو القول الراجح والمسألة فيها خلاف) ا.هـ

القاعدة الرابعة بعد المئة

الرضا بالمجهول قدرا أو جنسا أو وصفا؛ هل هو رضا معتبر لازم؟

إن كان الملتزم عقداً أو فسخاً يصح إبهامه بالنسبة إلى أنواعه أو إلى أعيان من يرد عليه؛ صح الرضا به ولزم بغير خلاف، وإن كان غير ذلك؛ ففيه خلاف.

فالأول له صور:

منها: أن يحرم بمثل ما أحرم به فلان أو بأحد الأنساك؛ فيصح.

ومنها: إذا طلَّق إحدى زوجاته؛ فيصح، وتعين بالقرعة على المذهب.

ومنها: لو أعتق أحد عبيده؛ فيصح، ويعين بالقرعة أيضاً على الصحيح.

وأما الثاني؛ فله صور.

منها: إذا طلق بلفظ أعجمي من لا يفهم معناه، والتزم موجبه عند أهله؛ ففي لزوم الطلاق له وجهان، والمنصوص في «رواية أبي الحارث»: أنه لا يلزمه الطلاق، وهو قول القاضي وابن عقيل والأكثرين.

ومنها: إذا طلق العجمي بلفظ الطلاق، ولم يفهم معناه، ولكنه التزم موجبه عند العرب فيه خلاف.

ومنها: إذا أعتق العجمي أو العربي بغير لغته، ولم يفهم معناه، وفيه الخلاف، ونص أحمد من «رواية عبد الله»[1] أنه لا يلزمه العتق.

ومنها: إذا قال لامرأته: أنت طالق مثل ما طلق فلان زوجته، ولم يعلم عدده؛ فهل يلزمه مثل طلاق فلان بكل حال، أو لا يلزمه أكثر من واحدة؟

فيه وجهان.

---

(١) مسائل أحمد لابنه عبدالله (ص٣٩٥).

ومنها: إذا قال: أيمان البيعة تلزمني لأفعلن كذا، ولم يعلم ما هي، وفيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا تنعقد يمينه بالكلية.

والثاني: تنعقد إذا التزمها ونواها، وبه أفتى أبو القاسم الخرقي فيم حكاه عنه ابن بطة، قال أبو القاسم: وكان أبي يتوقف فيها ولا يجيب بشيء.

والثالث: تنعقد فيما عدا اليمين بالله تعالى بشرط النية بناءً على أن اليمين بالله لا تصح بالكناية.

وفيه وجه رابع، وهو ظاهر كلام القاضي في «خلافه»: إنه يلزمه موجبها نواها أو لم ينوها، وصرح به في بعض «تعاليقه»، وقال: لأن من أصلنا وقوع الطلاق والعتاق بالكناية بالخط وإن لم ينوه.

ومنها: لو قال: أيمان المسلمين تلزمني؛ ففي «الخلاف» للقاضي يلزمه اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق والظهار والنذر، نوى ذلك أو لم ينوه، وهو مفرع على قوله في أيمان البيعة.

قال الشيخ مجد الدين: وذكره اليمين بالله تعالى والنذر مبني على قولنا بعدم تداخل كفارتهما، فأما على قولنا بالتداخل؛ فيجزئه لهما كفارة يمين، وقياس المشهور عن أصحابنا في يمين البيعة: أنه لا يلزمه شيء حتى ينويه ويلتزمه، أو لا يلزمه شيء بالكلية حتى يعلمه أو يفرق بين اليمين بالله تعالى وغيرها، مع أن صاحب «المحرر» لم يحك خلافاً في اللزوم ها هنا، وإن لم ينوها؛ لأن أيمان المسلمين معروفة بينهم، لا سيما اليمين بالله تعالى وبالطلاق والعتاق، بخلاف أيمان البيعة.

ومنها: البراءة من المجهول، وأشهر الروايات صحتها مطلقاً، سواء جهل المبرئ قدره أو وصفه أو جهلهما معاً، وسواء عرفه المبرئ أو لم يعرفه.

والثانية: لا يصح إذا عرفه المبرئ، سواء علم المبرئ بمعرفته أو لم يعلم.

وفي تخريج آخر: أنه إن علم بمعرفته به؛ صح، وإن ظن جهله به؛ لم يصح لأنه غار له.

والثالثة: لا تصح البراءة من المجهول وإن جهلاه؛ إلا فيما تعذر علمه للضرورة، وكذلك

البراءة من الحقوق في الأعراض والمظالم.

ومنها: البراءة من عيوب المبيع إذا لم يعين منها شيء، وفيه روايتان:

أشهرهما: أنه لا يبرأ.

والثانية: يبرأ إلا من عيب علمه، فكتمه؛ لتغريره وغشه.

وخرج أبو الخطاب وجهاً آخر بالصحة مطلقاً من البراءة من المجهول.

ومنها: إجازة الوصية المجهولة، وفي صحتها وجهان.

القاعدة الخامسة بعد المئة

في إضافة الإنشاءات والإخبارات إلى المبهمات.

أما الإنشاءات؛ فمنها العقود، وهي أنواع:

أحدها: عقود التمليكات المحضة؛ كالبيع والصلح بمعناه، وعقود التوثقات؛ كالرهن والكفالة، والتبرعات اللازمة بالعقد أو القبض بعده؛ كالهبة والصدقة؛ فلا يصح في مبهم من أعيان متفاوتة؛ كعبد من عبيد وشاة من قطيع، وكفالة أحد هذين الرجلين وضمان أحد هذين الدينين، وفي الكفالة احتمال؛ لأنه تبرع؛ فهو كالإباحة والإعارة، ويصح في مبهم من أعيان متساوية مختلطة؛ كقفيز من صبرة ورطل من زبرة، فإن كانت متميزة متفرقة؛ ففيه احتمالان ذكرهما في «التلخيص»، وظاهر كلام القاضي الصحة؛ فإنه ذكر في «الخلاف»: أنه يصح عين من أعيان متقاربة النفع؛ لأن المنافع لا تتفاوت كالأعيان، وإن كانت مختلفة من جنس واحد؛ كصبرة مختلفة الأجزاء؛ فوجهان:

أحدهما: البطلان؛ كالأعيان المتميزة.

والثاني: الصحة، وله من كل نوع بحصته.

والثاني: عقود معاوضات غير متمحضة؛ كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد؛ ففي صحتها على مبهم من أعيان مختلفة وجهان، أصحهما الصحة، وفي الكتابة طريقان:

أحدهما: أنها كذلك، وهي طريقة القاضي.

والثاني: لا تصح وجهاً واحداً؛ لأن عوضها مال محض.

والثالث: عقد تبرع معلَّق بالموت؛ فيصح في المبهم بغير خلاف لما دخله من التوسع؛ كعبد من عبيده وشاة من قطيعه، وهل تعين بتعيين الورثة أو بالقرعة؟

على روايتين:

ومثله: عقود الإباحات؛ كإعارة أحد هذين الثوبين، وإباحة أحد هذين الرغيفين، وكذلك

عقود المشاركات والأمانات المحضة، مثل أن يقول: ضارب بإحدى هاتين المئتين، وهما في كيسين، ودع الأخرى عندك وديعة، أو ضارب من هذه المئة بخمسين؛ فإنه يصح للتماثل، ذكره صاحب «التلخيص»، فأما إن كان الإبهام في المتملك، فإن كان على وجه يؤول إلى العلم كقوله: أعطو أحد هذين كذا؛ صحت الوصية، كما لو قال في الجعالة: من رد عبدي؛ فله كذا. وإن كان على وجه لا يؤول إلى العلم كالوصية لأحد هذين؛ ففيه روايتان، وعلى الصحة يميز بالقرعة.

ومنها: الفسوخ فما وضع منها على التغليب والسراية؛ صح في المبهم؛ كالطلاق والعتاق.

وخرج صاحب «التلخيص» وجهاً في الوقف: أنه كالعتق لما فيه من التحرير، والمذهب خلافه؛ لأن الوقف عقد تمليك؛ فهو بالهبة أشبه.

وأما الإخبارات؛ فما كان منها خبراً دينياً، أو كان يجب به حق على المخبر قبل في المبهم، وإن تعلق به وجوب حق له على غيره؛ لم يقبل إلا فيما يظهر فيه عذر الاشتباه؛ ففيه خلاف، وإن تعلق به وجوب الحق على غيره لغيره؛ فحكمه حكم إخبار من وجب عليه الحق، ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: لو أخبره أن كلباً ولغ في أحد هذين الإنائين لا بعينه قبل، وصار كمن اشتبه عليه طاهر بنجس، وكذلك لو أخبره بنجاسة أحد الثوبين، أو أن أحد هذين اللحمين ميتة والآخر مذكاة ونحو ذلك.

ومنها: الإقرار؛ فيصح بالمبهم، ويلزم بتعيينه، مثل أن يقول: أحد هذين ملك لفلان، أو له عندي درهم أو دينار، ويصح للمبهم؛ كما لو اقر أنه أعتق أحد هذين العبدين، أو أعتقه موروثه، وكذلك إذا أقر أنه زوج إحدى بناته من رجل ولم يسمها ثم مات؛ فإنها تميز بالقرعة على المنصوص، وكذا لو اقر أن هذه العين التي في يده لأحد هذين وديعة ولا أعلمه عيناً؛ فإنهما يقترعان عليها، نص عليه.

وكذا لو أقر أنه باع هذه العين من أحد هذين، وهما يدعيانها؛ فإنهما يقترعان عليها، ولو

كانت في يد أحدهما، نص عليه أحمد في «رواية ابن منصور»[1] في رجلين ادعى كل واحد منهما أنه اشترى من رجل ثوباً، وقال أحدهما: اشتريته بمئة، وقال الآخر: بمئتين، وأقر البائع أنه باعه بمئتين ولم يعين؛ فإنه يقرع بينهما، وإن أقاما بينتين، وكان الثوب في يد أحدهما، وهذا اختيار أبي بكر، ولا اعتبار بهذه اليد للعلم بمستندها.

وعنه رواية ثانية: أنها يد معتبرة؛ فتكون العين لصاحبها، ومع تعارض البينتين يخرج على الخلاف في بينة الداخل والخارج.

ومنها: الدعوى بالمبهم؛ فإن كانت بما يصح وقوع العقد عليه مبهماً؛ كالوصية والعبد المطلق في المهر ونحوه؛ فإنها تصح، قال في «الترغيب»: وألحق أصحابنا الإقرار بذلك؛ قال: والصحيح عندي أن دعوى الإقرار بالمعلوم لا يصح؛ لأنه ليس بالحق ولا موجبه؛ فكيف بالمجهول؟!

وأما الدعوى على المبهم؛ فلا تصح ولا تسمع ولا يثبت بها قسامة ولا غيرها، فلو قال: قتل أبي أحد هؤلاء الخمسة؛ لم تسمع، قال في «الترغيب»: ويحتمل أن تسمع للحاجة؛ فإن مثله يقع كثيراً، ويحلف كل واحد منهما. قال: وكذلك يجري في دعوى الغصب والإتلاف والسرقة، ولا يجري في الإقرار والبيع إذا قال: نسيت؛ لأنه مقصر.

ومنها: الشهادة بالمبهم؛ فإن كان المشهود به يصح مبهماً؛ صحت الشهادة به؛ كالعتق والطلاق والإقرار والوصية، وإلا؛ لم تصح، لا سيما الشهادة التي لا تصح بدون دعوى؛ فإنها تابعة للدعوى في الحكم؛ أما إن شهدت البينة أنه أعتق أو طلق أو أبطل وصية معينة، وادعت نسيان عينها؛ ففي القبول وجهان حكاهما في «المحرر»[2]، وجزم ابن أبي موسى بقبول الشهادة بالرجوع عن إحدى الوصيتين مطلقاً.

وكذلك حكى عن أبي بكر، ونقل ابن منصور عن أحمد في شاهدين شهدا على رجل أنه أخذ من يتيم ألفاً، وشهد آخران على آخر أنه هو الذي أخذها يأخذ الولي بأيهما شاء، ولعل المراد أنه إذا صدق إحدى البينتين حكم له بها.

---

(١) مسائل أحمد لابن منصور (ص٤٣٩).

(٢) «المحرر» (٢/ ٢٤٥).

فصل

ولو تعلق الإنشاء باسم لا يتميز به مسماه لوقوع الشركة فيه؛ فإن لم ينوه في الباطن معيناً؛ فهو كالتصريح بالإبهام، وإن نوى به معيناً؛ فإن كان العقد مما لا يشترط له الشهادة؛ صح، وإلا؛ ففيه خلاف، والإخبار تابع للإنشاء في ذلك، ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: ورود عقد النكاح على اسم لا يتغير مسماه لا يصح، فلو قال: زوجتك بنتي وله بنات؛ لم يصح، وأما إن عينا في الباطن واحدة وعقدا العقد عليها باسم غير مميز، نحو أن يقول: بنتي. وله بنات، أو يسميها باسم، وينويا في الباطن غير مسماه؛ ففي الصحة وجهان، اختار القاضي في موضع الصحة، وأبو الخطاب(١) وغيره البطلان، ومأخذه أن النكاح يشترط له الشهادة ويتعذر الإشهاد على النية.

وعن أبي حفص العكبري: إن كانت المسماة غلطاً لا يحل نكاحها لكونها مزوجة أو غير ذلك؛ صح النكاح، وإلا؛ فلا، ولو وقع مثل هذا في غير النكاح مما لا يشترط له الشهادة، فإن قلنا في النكاح: يصح؛ ففي غيره أولى، وإن قلنا في النكاح: لا يصح؛ فمقتضى تعليل من علل باشتراط الشهادة أن يصح في غيره مما لا يعتبر الإشهاد عليه لصحتها.

ومنها: الوصية لجاره محمد، وله جاران بهذا الاسم؛ فله حالتان:

إحداهما: أن يعلم بقرينة أو غيرها أنه أراد واحداً منهما معيناً وأشكل علينا معرفته؛ فها هنا تصح الوصية بغير تردد، ويخرج المستحق منهما بالقرعة على قياس المذهب في اشتباه المستحق للمال بغيره من الزوجة المطلقة والسلعة المبيعة وغيرهما.

والحالة الثانية: أن يطلق وقد يذهل عن تعيين أحدهما بعينه؛ فهو كالوصية لأحدهما بهما، وكذلك حكى الأصحاب في الصحة روايتين، ولكن المنصوص عن أحمد الصحة، قال صالح(٢): سألت أبي عن رجل مات وله ثلاثة غلمان، ثلاثتهم اسمهم فرج، فأوصى عند

---

(١) «كتاب الهداية» (١/ ٢٥١).

(٢) مسائل الإمام أحمد لابنه صالح (٢/ ٤٢٧).

موته، فقال: فرج حر، وفرج له مئة، وفرج ليس له شيء؛ قال: يقرع بينهما، فمن أصابته القرعة؛ فهو حر، وأما صاحب المئة؛ فلا شيء له، وذلك أنه عبد، والعبد هو وماله لسيده، وهذا يدل على صحة الوصية مع اشتراك الاسم؛ لأنه إنما علل البطلان ها هنا بكونه عبداً؛ فدل على أنه لو كان حرّاً لاستحق.

وزعم صاحب «المغني»[١] أن رواية صالح تدل على بطلان الوصية، وخالفه صاحب «المحرر»[٢]، ونقل حنبل: قال أبو عبد الله في رجل له غلامان اسمهما واحد، فأوصى عند موته؛ فقال: فلان حر بعد موتي لأحد الغلامين، وله مئتا درهم، وفلان ليس هو حر واسمهما واحد؛ قال: يقرع بينهما، فمن أصابته القرعة؛ فهو حر، وأما صاحب المئتين؛ فليس له شيء، وذلك أنه عبد، والعبد وماله لسيده، وهذه تدل على مثل ما دلت عليه «رواية صالح»، لكن السؤال يقتضي أن الموصى له بالمئتين هو العتيق، والجواب يدل على خلافه.

ومن ثم زعم صاحب «المحرر»[٣] أنها تدل على بطلان الوصية للإبهام، وليس كذلك؛ لأنه إنما علل بكونه عبداً لم يعتق، وتأولها القاضي وابن عقيل على أن الوصية لم تصح؛ لكونه عبداً حال الإيصاء، ولا تكفي حريته حال الاستحقاق، وعلى هذا؛ فلا تصح الوصية لأم الولد والمدبر، وهو ضعيف جداً، وجواب أحمد إنما يتنزل على أن الموصى له بالدراهم غير المعتق.

ونقل يعقوب بن بختان أن أبا عبد الله سئل عن رجل له ثلاثة غلمان، اسم كل واحد منهم فرج؛ فقال: فرج حر، ولفرج مئة درهم. فقال: يقرع بينهم، فمن خرج سهمه؛ فهو حر، والذي أوصى له بالمئة لا شيء له؛ لأن هذا ميراث، وهذه الرواية من جنسها ما قبلها، حيث علل فيها بطلان الوصية بكون العبد الموصى له ميراثاً للورثة؛ فهذه الروايات الثلاثة التي ساقها الخلال في «الجامع» وكلها دالة على الصحة، وهو قول القاضي.

وساقها أبو بكر في «الشافي» على أنَّ الموصى له بالدراهم هو المعتق، وأنَّ أحمد صحح

---

(١) «المغني» (٦/ ١٢٧).

(٢) «المحرر» (١/ ٣٨٣).

(٣) «المحرر» (٢/ ٣).

الوصية له في «رواية صالح»، وأبطلها في «رواية حنبل»، قال أبو بكر: وبالصحة أقول.

وفي «جامع الخلال» أيضاً عن مُهَنَّا: إن أحمد قال في رجلين شهدا على رجل أنه أوصى عند موته، فقال: لفلان بن فلان من أصحاب فلان ألف درهم، أو أحاله بها والشهود لا يعرفون فلان بن فلان؛ كيف يصنعون وقد مات الرجل؟ فقال: ينظرون في أصحاب فلان فيهم فلان بن فلان من أصحاب فلان؟ قلت: فإن جاء رجلان، فقال كل واحد منهما: أنا فلان بن فلان من أصحاب فلان؛ قال: فلا يدفع إليهم شيء حتى يكون رجل واحد.

والظاهر أن أحمد لم يتوقف في الدفع إلا ليتيقن المستحق من غيره، لا لصحة الوصية؛ فإنها ها هنا لمعين في نفس الأمر، وإنما اشتبه علينا لاشتراك الاسمين؛ فلذلك وقف الدفع على معرفة عين المستحق إذا رجي انكشاف الحال، وأما مع الإياس من ذلك؛ فيتعين تعيين المستحق بالقرعة، قاله بعض أصحابنا المتقدمين، وهو الحق.

ومنها: اشتباه المدعى عليه إذا كتب القاضي إلى قاضٍ ببلد آخر: أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان المسمى الموصوف كذا، فأحضره المكتوب إليه بالصفة والنسب، فادعى أن له مشاركاً في ذلك ولم يثبت حكم عليه، وإن ثبت له مشارك في الاسم والنسب والصفة؛ وقف حتى يعلم الخصم منهما، ولم يجز القضاء مع عدم العلم، أما لو كان المدعى المكتوب فيه حيواناً أو عبداً موصوفاً، ولم يثبت له مشارك؛ ففيه وجهان:

أشهرهما: أنه يسلم إلى المدعي مختوم العنق، ويؤخذ منه كفيل حتى يأتي القاضي الكاتب فيشهد الشهود على عينه ويقضى له به، ومتى لم يشهدوا على عينه؛ وجب رده إلى الحاكم الذي سلمه، ويكون في ضمان الذي أخذه؛ لأنه أخذه بغير استحقاق.

والوجه الثاني: لا يسلم إلا بالشهادة على عينه.

والفرق بينها وبين التي قبلها أن الحر قد طابق قول المدعى اسمه ونسبه وصفته؛ فيبعد الاشتراك في ذلك والعبد والحيوان إنما حصل الاتفاق في وصفه أو في وصفه واسمه، والوصف كثير الاشتباه وكذلك الاسم، ونظير هذا ما ذكروه في شهادة الأعمى: أنه إن عرف المشهود عليه باسمه ونسبه؛ قبلت شهادته، وإن عرفه برؤية قبل عماه فوصفه؛ ففي قبولها وجهان؛ لأن

الوصف المجرد يحصل فيه الاشتراك.

ومنها: لو كان له ابنتان اسمهما واحد، فوهب لإحديهما شيئاً أو أقر لها، ثم مات ولم يبين؛ فقال القاضي في «بعض تعاليقه»: قياس المذهب إخراج المستحقة منهما بالقرعة؛ كما لو أقر أنه زوج إحدى بناته، ثم مات ولم يبين، وهذا صحيح؛ لأن الهبة والإقرار هنا وقع لمعين في الباطن، وإنما أشكل علينا الوقوف عليه؛ فيميز بالقرعة.

ومنها: لو وجد في كتاب وقف: إن رجلاً وقف على فلان وبنى بنيه واشتبه؛ هل المراد بنى بنيه (جمع ابن)، أو بني بنته (واحدة البنات)؛ قال ابن عقيل في «فنونه»: يكون بينهما عندنا؛ لتساويهما؛ كما في تعارض البينات.

قال الشيخ تقي الدين[1]: ليس هذا من تعارض البينات، بل هو بمنزلة تردد البينة الواحدة، ولو كان من تعارض البينات؛ فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة، وإلا؛ فالصحيح إما التساقط وإما القرعة؛ فيحتمل أن يقرع ها هنا؛ لأن الحق ثبت لإحدى الجهتين، ولم يعلم عينها، ويحتمل أن يرجح بنو البنين؛ لأن العادة أن الإنسان إذا وقف على ولد بنته لا يخص بنيها الذكور، بل يعم أولادها، بخلاف الوقف على ولد الذكور؛ فإنه يخص ذكورهم كثيراً كآبائهم، ولأنه لو أراد ولد البنت لسماها باسمها أو لشرك بين ولدها وولد سائر بناته قال: وهذا أقرب إلى الصواب، وأفتى رحمه الله فيمن وقف على أحد أولاده وله عدة أولاد وجهل اسمه: أنه يميز بالقرعة.

---

(١) «الاختيارات» (١٨٠) قريباً منه.

القاعدة السادسة بعد المئة

ينزل المجهول منزلة المعدوم؛ وإن كان الأصل بقاءه إذا يئس من الوقوف عليه أو شق اعتباره.

وذلك في مسائل:

منها: الزائد على ما تجلسه المستحاضة من أقل الحيض أو غالبه إلى منتهى أكثره حكمه حكم المعدوم، حيث حكمنا فيها للمرأة بأحكام الطهارات كلها، فإن مدة الاستحاضة تطول، ولا غاية لها تنتظر، بخلاف الزائد على الأقل في حق المبتدئة على ظاهر المذهب، حيث تقضي الصوم الواقع فيه قبل ثبوت العادة بالتكرار؛ لأن أمره ينكشف بالتكرار عن قرب، وكذلك النفاس المشكوك فيه تقضى فيه الصوم؛ لأنه لا يتكرر.

ومنها: اللقطة بعد الحول؛ فإنها تتملك لجهالة ربها وما لا يتملك منها يتصدق به عنه على الصحيح، وكذلك الودائع والغصوب ونحوها.

ومنها: امرأة المفقود لغيبة ظاهرها الهلاك فيما بعد أربع سنين تباح للأزواج، وكذلك يقسم ماله بين الورثة؛ كالميت، لكن؛ هل يثبت له أحكام المعدوم من حين فقده أو لا يثبت إلا من حين إباحة أزواجه وقسمة ماله؟

على وجهين، ينبني عليهما لو كان له في مدة انتظاره من إرثه؛ فهل يحكم بتوريثه منه أم لا؟

ونص أحمد على أنه يزكى ماله بعد مدة انتظاره معللاً بأنه مات وعليه زكاة، وهذا يدل على أنه لا يحكم له بأحكام الموتى إلا بعد المدة، وهو الأظهر.

ومنها: مال من لا يعلم له وارث؛ فإنه يوضع في بيت المال؛ كالضائع مع أنه لا يخلو من بني عم أعلى؛ إذ الناس كلهم بنو آدم، فمن كان أسبق إلى الاجتماع مع الميت في أب من آبائه؛ فهو عصبته، ولكنه مجهول؛ فلم يثبت له حكم، وجاز صرف ماله في المصالح.

وكذلك لو كان له مولى معتق لورثه في هذه الحالة، ولم يلتفت إلى هذا المجهول.

ولنا رواية أخرى: أنه ينتقل إلى بيت المال إرثاً لهذا المعنى، فإن أريد أن اشتباه الوارث بغيره

يوجب الحكم بالإرث للكل؛ فهو مخالف لقواعد المذهب، وإن أريد أنه إرث في الباطن لمعين؛ فيحفظ ميراثه في بيت المال، ثم يصرف في المصالح للجهل بمستحقه عيناً؛ فهو والأول بمعنى واحد، وينبني على ذلك مسألة اقتصاص الإمام ممن قتل من لا وارث له.

وفي المسألة وجهان: منهم من بناهما على أن بيت المال هل هو وارث أو لا، ومنهم من قال: لا ينبني على ذلك، ثم لهم طريقان:

أحدهما: أنه لا يقتص، ولو قلنا بأنه وارث؛ لأن في المسلمين الصبي والمجنون والغائب، وهي طريقة أبي الخطاب.

والثاني: يجوز الاقتصاص، وإن قلنا: ليس بوارث؛ لأن ولاية الإمام ونظره في المصالح قائم مقام الوارث، وهو مأخذ ابن الزاغوني.

ومنها: إذا اشتبهت أخته بنساء أهل مصر؛ جاز له الإقدام على النكاح من نسائه، ولا يحتاج إلى التحري في ذلك على أصح الوجهين، وكذلك لو اشتبهت ميتة بلحم أهل مصر أو قرية أو اشتبه حرام قليل بمباح كثير ونحو ذلك؛ إلا أن يكثر الحرام ويغلب؛ فتخرج المسألة على تعارض الأصل والظاهر؛ كثياب الكفار وأوانيهم.

ومنها: طين الشوارع محكوم بطهارته على الصحيح المنصوص.

ومنها: إذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها؛ فإنها تميز بالقرعة، ويحل له وطئ البواقي على المذهب الصحيح المشهور، وكذلك لو أعتق واحدة من إمائه.

ومنها: إذا أحرم بنسك وأنسيه، ثم عينه بقران؛ فإنه يجزئه عن الحج، وهل يجزئه عن العمرة؟

على وجهين:

أشهرهما عند المتأخرين: لا يجزئه؛ لجواز أن يكون أحرم بحج أولاً ثم أدخل عليه العمرة بنية القران؛ فلا تصح عمرته.

والثاني: يجزئه؛ لأنه إنما يمنع من إدخال العمرة على الحج مع العلم، فأما مع عدمه؛ فلا تنزيلاً للمجهول كالمعدوم؛ فكأنه ابتدأ الإحرام بهما من حين التعيين.

القاعدة السابعة بعد المئة

تمليك المعدوم والإباحة.

• له نوعان:

أحدهما: أن يكون بطريق الأصالة؛ فالمشهور أنه لا يصح.

والثاني: أن يكون بطريق التبعية؛ فيصح في الوقف والإجازة، وهذا إذا صرح بدخول المعدوم، فأما إن لم يصرح، وكان المحل لا يستلزم المعدوم؛ ففي دخوله خلاف، وكذا لو انتقل الوقف إلى قوم فحدث من يشاركهم.

ويتخرج على هذه القاعدة مسائل:

منها: الإجازة لفلان ولمن يولد له؛ فإنها تصح، وفعل ذلك أبو بكر بن أبي داود، وهو من أعيان أصحابنا؛ فإنه أجاز لشخص وولده ولحبل الحبلة.

ومنها: الإجازة لمن يولد لفلان ابتداءً؛ فأفتى القاضي فيها بالصحة، نقله عنه أبو بكر الخطيب، وقياس قوله في الوقف عدم الصحة.

ومنها: الوقف على من يولد له؛ فصرح القاضي في «خلافه» بأنه لا يصح لأنه وقف على من لا يملك في الحال واقتصر عليه؛ فلم يصح؛ كالوقف على العبد.

وقال أحمد: في «رواية صالح» الوقف يكون أن يوقفه على ولده أو من يكون من أقاربه، فإذا انقرضوا؛ فهو صدقة على المساكين أو من رأى، قال الشيخ مجد الدين[1] ظاهره يعطي صحة الوقف ابتداءً على من يولد له أو يوجد من أقاربه، وهذا عندي وقف معلق بشرط. انتهى.

ويمكن أن يحمل على أن مراده من يكون موجوداً من أقاربه؛ فتكون كان ناقصة وخبرها محذوفاً.

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٦٩).

ومنها: لو وقف على ولده وولد ولده أبداً، أو من يولد له؛ فيصح بغير إشكال، نص عليه.

ومنها: لو وقف على ولده وله أولاد موجودون، ثم حدث له ولد آخر؛ ففي دخوله روايتان، وظاهر كلام أحمد دخوله في المولود قبل تأبير النخل، وقد سبق وهو قول ابن أبي موسى أيضاً، وظاهر كلام القاضي وابن عقيل، وأفتى به ابن الزاغوني.

ومنها: لو وقف على ولده، ثم على ولدهم أبداً على أن من مات عن ولد؛ فنصيبه لولده، ومن مات عن غير ولد؛ فنصيبه لمن في درجته؛ فكان في درجته عند موته اثنان مثلاً؛ فتناولا نصيبه، ثم حدث ثالث؛ فهل يشاركهم؟

يخرج فيه وجهان من التي قبلها، والدخول هنا أولى، وبه أفتى الشيخ شمس الدين ابن أبي عمر المقدسي؛ لأن الوقف على الأولاد قد يلحظ فيهم أعيان الموجودين عند الوقف، بخلاف الدرجة والطبقة، فإنه لا يلحظ فيه إلا مطلق الجهة.

وعلى هذا؛ لو حدث من هو أعلى من الموجودين، وكان في الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى؛ فإنه ينزعه منهم.

فأما حكم الوصية؛ فإنها لا تصح لمعدوم بالأصالة، كمن تحمل هذه الجارية، صرح به القاضي وابن عقيل.

وفي دخول المتجدد بعد الوصية وقبل موت الموصي روايتان، وذكر القاضي أيضاً فيمن وصى لمواليه وله مدبرون وأمهات وأولاد: أنهم يدخلون، وعلل بأنهم موال حال الموت، والوصية تعتبر بحال الموت.

وخرجه الشيخ تقي الدين على الخلاف في المتجدد بين الوصية والموت، قال: بل هذا متجدد بعد الموت؛ فمنعه أولى، وهذا الذي قاله يتوجه إن عللنا الوصية بصدق الاسم، فأما إن كان قصد الموصي الوصية لأعيان رقيقه، وسماهم باسم يحدث لهم؛ فإنهم يستحقون الوصية بغير توقف.

وأفتى الشيخ[1] أيضاً بدخول المعدوم في الوصية تبعاً؛ كمن وصى بغلة ثمره للفقراء إلى أن

---

(١) «مجموع الفتاوى» (٣١/ ٣٠٩).

يحدث لولده ولد؛ فيكون له، وهو قريب من تعليق الوصية بشرط آخر بعد الموت.

والمنصوص عن أحمد في «رواية أحمد بن الحسين بن حسان» فيمن أوصى أن يتصدق في سكة فلان بكذا وكذا، فسكنها قوم بعد موت الموصي؛ قال: إنما كانت الوصية للذين كانوا. ثم قال: ما أدري كيف هذا؟ قيل: فيشبه هذا الكورة. قال: لا، الكورة وكثرة أهلها خلاف هذا المعنى، ينزل قوم ويخرج قوم يقسم بينهم؛ ففرق بين الكورة والسكة؛ لأن الكورة لا يلحظ الموصي فيها قوماً معينين لعدم انحصار أهلها، وإنما المراد تفريق الوصية الموصى بها؛ فيستحق المتجدد فيها بخلاف السكة؛ فإنه قد يلحظ أعيان ساكنها الموجودين لحصرهم، ويفارق الوقف في ذلك الوصية؛ لأن الوقف تحبيس وتسبيل يتناول المتجدد من الطباق؛ فكذا من الطبقة الواحدة، بخلاف الوصية؛ فإنها تمليك؛ فيستدعي موجوداً في الحال، والله أعلم.

القاعدة الثامنة بعد المئة

ما جهل وقوعه مترتبا أو متقارنا؛ هل يحكم عليه بالتقارن أو بالتعاقب؟

فيه خلاف، والمذهب: الحكم بالتعاقب؛ لبعد التقارن، ويندرج تحت ذلك صور:

منها: المتوارثان إذا ماتا جملة بهدم أو غرق أو طاعون، وجهل تقارن موتهما وتعاقبه؛ حكمنا بتعاقبه على المذهب المشهور، وورَّثنا كل واحد منهما من الآخر من تلاد ماله دون ما ورثه من صاحبه.

وخرج أبو الخطاب رواية أخرى بعدم التوارث للشك في شرطه، وكذلك لو علم سبق أحدهما بالموت وجهل عينه، أو علم عينه، ثم نسي على المذهب، لكن هذا يستند إلى أن يقين الحياة لا يشترط للتوريث.

ومنها: إذا أقيم في المصر جمعتان لغير حاجة، وشك: هل أحرم بهما معاً؛ فيبطلان وتعاد الجمعة أو أحرم بهما مترتبتين؛ فيصلي الظهر على وجهين:

أصحهما: تعاد الظهر؛ لأن التقارن مستبعد.

وعلى الثاني: تعاد الجمعة؛ إما لاحتمال المقارنة، أو تنزيلاً للمجهول كالمعدوم.

ومنها: إذا زوج الوليان وجهل هل وقع العقدان معاً فيبطلان، أو مترتبين فيصح أحدهما بالقرعة؟

ففيه وجهان أيضاً:

أحدهما: يبطلان؛ لاحتمال التقارن.

والثاني: لا؛ لاستبعاده.

ومنها: إذا أسلم الزوجان الكافران قبل الدخول، واختلفا: هل أسلما معاً أو متعاقبين؛ فهل القول قول مدعي التقارن فلا ينفسخ النكاح، أو مدعي التعاقب لأن الظاهر معه؟

على وجهين يرجعان إلى تعارض الأصل والظاهر.

ومنها: إذا كان في يد رجل عبد، فادعى رجلان كلاً منهما أنه باعه هذا العبد بألف، وأقاما بذلك بينتين، ولم يؤرخا؛ فهل يصح العقدان ويلزمه الثمنان لجواز أن يكونا في عبدين في زمنين مختلفين، وحد استرجاع العبد بينهما، أو تتعارض البينتان لجواز أن يكونا عقداً واحداً فيسقطان والأصل براءة ذمته؟

على وجهين.

القاعدة التاسعة بعد المئة

المنع من واحد مبهم من أعيان أو معين مشتبه بأعيان يؤثر الاشتباه فيها المنع بمنع التصرف في تلك الأعيان قبل تمييزه.

والمنع من الجمع بمنع التصرف في القدر الذي يحصل به الجمع خاصة؛ فإن حصل الجمع دفعة واحدة منع من الجميع مع التساوي، فإن كان لواحد منهما مزية على غيره بأن يصح وروده على غيره ولا عكس؛ اختص الفساد به على الصحيح، والمنع من القدر المشترك كالمنع من الجميع يقتضي العموم.

وللأول أمثلة:

منها: إذا طلق واحدة مبهمة منع من وطء زوجاته حتى تميز بالقرعة على الصحيح، وحكى رواية أخرى أنه يميزها بتعيينه.

ومنها: إذا أعتق أمة من إمائه مبهمة؛ منع من وطء واحدة منهن حتى تميز المعتقة بالقرعة، وفيه وجه بالتعيين.

ومنها: إذا اشتبهت المطلقة ثلاثاً بزوجاته؛ منع من وطء واحدة منهن حتى تميز المطلقة وتميزها بالقرعة على ظاهر المذهب.

ومنها: لو اشتبهت أخته بعدد محصور من الأجنبيات منع من التزوج بكل واحدة منهن حتى يعلم أخته من غيرها.

ومنها: إذا اشتبهت ميتة بمذكاة؛ فإنه يمنع من الأكل منهما حتى يعلم المذكاة.

ومنها: اشتباه الآنية النجسة بالطاهرة يمنع من الطهارة بواحدٍ منها حتى يتيقن عين الطاهر.

ومنها: لو حلف بالطلاق لا يأكل تمرة، فاختلطت في تمر؛ فإنه يمنع من أكل تمرة منه حتى يعلم عين التمرة، وإن كنا لا نحكم عليه بالحنث بأكل واحدة.

ومنها: لو حلف بطلاق زوجاته أن لا يطأ واحدة منهن، ونوى واحدة مبهمة؛ فإنه يمنع من الوطء حتى يميزها بالقرعة، وقيل: بتعيينه.

ومنها: لو أعطينا الأمان لواحد من أهل حصن، أو أسلم واحد منهم، ثم تداعوه؛ حرم قتلهم بغير خلاف.

وفي استرقاقهم وجهان:

أحدهما: وهو المنصوص: أنه يحرم مع التداعي.

والثاني: أنه يخرج واحد منهم بالقرعة ويرق الباقون، وهو قول أبي بكر والخرقي، ورجحه ابن عقيل في روايتيه إلحاقاً له باشتباه العتق بغيره، وكما لو أقر أن أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولده، ثم مات ولم يوجد قافة؛ فإنا نقرع لإخراج الحرية، وإن كان أحدهما حر الأصل، والصحيح الأول؛ لأن أهل الحصن لم يسبق لهم رق فإرقاقهم إلا واحداً يؤدي إلى ابتداء الإرقاق مع الشك في إباحته، بخلاف ما إذا كان أحد المشتبهين رقيقاً؛ فأخرج غيره بالقرعة؛ فإنه إنما يستدام الرق مع الشك في زواله.

وللثاني أمثلة:

منها: إذا ملك أختين أو أماً وبنتاً؛ فالمشهور أن له الإقدام على وطء واحدة منهما ابتداءً، فإذا فعل؛ حرمت الأخرى.

وعن أبي الخطاب: أنه يمنع من وطء واحدة منهن حتى تحرم الأخرى.

ونقل ابن هانئ عن أحمد ما يدل عليه وهو راجع إلى تحريم إحداهما مبهمة، والأول أصح؛ لأن المحرم هو ما يحصل به الجمع.

ومنها: إذا وطئ الأختين واحدة بعد الأخرى؛ فهل يمنع من وطئهما جميعاً حتى يحرم إحداهما لثبوت استفراشهما جميعاً، أم تباح له الأولى إذا استبرأ الثانية لأنهما أخص بالتحريم حيث كان الجمع حاصلاً بوطئها؟

على وجهين، والأظهر ها هنا الأول؛ لثبوت الفراش لهما جميعاً؛ فيكون الممنوع منهما واحدة مبهمة.

ومنها: إذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربع نسوة، فأسلمن أو كن كتابيات؛ فالأظهر أن له

وطء أربع منهن، ويكون اختياراً منه؛ لأن التحريم إنما يتعلق بالزيادة على الأربع، وكلام القاضي قد يدل على هذا، وقد يدل على تحريم الجميع قبل الاختيار.

ومنها: لو قال لزوجاته الأربع: والله؛ لا وطئتكن، وقلنا: لا يحنث بفعل البعض؛ فأشهر الوجهين أنه لا يكون مولياً حتى يطأ ثلاثاً؛ فيصير حينئذ مولياً من الرابعة، وهو قول القاضي في «المجرد» وأبي الخطاب؛ لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث؛ فلا تكون يمينه مانعة، بخلاف ما إذا وطئ ثلاثاً؛ فإنه لا يمكنه وطء الرابعة بدون حنث.

والثاني: هو مول في الحال من الجميع، وهو قول القاضي في «خلافه» وابن عقيل في «عُمَده»، وقالا: هو ظاهر كلام أحمد، ومأخذ الخلاف أن الحكم المعلق بالهيئة الاجتماعية هل هو حكم على ما يتم به مسماها حسب، أم على مجموع الأجزاء في حالة الاجتماع دون الانفراد؟

فعلى الثاني يكون مولياً من الجميع ويتوقف حنثه بوطء كل واحدة على وطئ البواقي معها.

ومنها: إذا زنى بامرأة وله أربع نسوة؛ ففي «التعليق» للقاضي: يمنع من وطء الأربع حتى يظهر بالزانية حمل، واستبعده الشيخ مجد الدين وهو كما قال؛ لأن التحريم هنا لأجل الجمع بين خمس؛ فيكفي فيه أن يمسك عن واحدة منهن؛ وصرح به صاحب «الترغيب».

وقد ذكر صاحب «المغني»[1] مثله فيمن أسلم على خمس نسوة ففارق واحدة؛ فإنه يمسك عن وطء واحدة منهن حتى تستبرئ المفارقة.

ومنها: إذا تزوج خمساً أو أختين في عقد واحد؛ فالنكاح باطل؛ لأن الجمع حصل به ولا ميزة للبعض على البعض؛ فبطل، بخلاف ما إذا تزوجهن في عقود متفرقة.

وذكر القاضي في «خلافه» احتمالاً بالقرعة فيما إذا زوج الوليان من رجلين دفعة واحدة، وهذا مثله، ولكن هذا لعلة تخالف الإجماع، قاله الشيخ مجد الدين[2]، ولكنه يعتضد بالرواية

---

(١) «المغني» (٧/ ١٢١).

(٢) «المحرر» (٢/ ١٩).

التي نقلها ابن أبي موسى فيمن قال لعبيده: أيكم جاءني بخبر كذا وكذا؛ فهو حر، فأتاه به اثنان معاً؛ عتق واحد منهما بالقرعة، وكذلك لو قال: أول غلام يطلع علي؛ فهو حر، أو أول امرأة تطلع علي؛ فهي طالق، فطلع عليه عبيده كلهم ونساؤه كلهن: أنه يطلق ويعتق واحد منهم بالقرعة، نص عليه في «رواية مُهَنَّا»، وأقره القاضي وصاحب «المغني»[1] في موضع منه على ظاهره، وتأولاه مرة على أنهم اطلعوا واحداً بعد واحد، وأشكل السابق، وهذا هو الأظهر؛ لأنه المعتاد وغيره بعيد.

أما إن كان لبعضهم مزية؛ فله صور:

منها: إذا تزوج أماً وبنتاً في عقد واحد؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يبطل النكاحان معاً، وهو قول القاضي وابن عقيل وصاحب «الكافي»[2].

والثاني: يبطل نكاح الأم وحدها، حكاه صاحب «الكافي»[3]، وجزم به صاحب «المحرر»[4]؛ لأن نكاح البنت لا يمنع نكاح الأم إذا عُري عن الدخول، بخلاف العكس؛ فكان نكاح الأم أولى بالإبطال.

ومنها: لو أسلم الكافر على أم وبنت لم يدخل بواحدة منهما؛ فالمذهب أنه ينفسخ نكاح الأم وحدها، وتحرم عليه على التأبيد، ويثبت نكاح البنت، نص عليه أحمد فيما ذكره القاضي في «خلافه»، واتفق الأصحاب عليه، وبناه القاضي على أن أنكحة الكفار صحيحة، فإذا صح النكاح في البنت؛ صارت أمها من أمهات نسائه، فحرمت عليه، قال: ولو لم يكن صحيحاً فيهما؛ كان له أن يختار أيهما شاء، وهذا يخالف ما قرره في «الجامع الكبير»: إن العقد الفاسد في النكاح يحرم ما يحرمه الصحيح، وهذا النكاح غايته أنه فاسد؛ لأنه مختلف في صحته، والمنصوص عن أحمد في رواية أبي طالب أنه يفرق بينه وبين الأم والبنت؛ لأنهما قد حرمتا

---

(١) «المغني» (٧/ ٣٦١).
(٢) «الكافي» (٣/ ٤٠).
(٣) «الكافي» (٣/ ٤١).
(٤) «المحرر» (٢/ ٢١).

عليه، وهذا محمول على ما إذا وجد الدخول بهما؛ لأنه قال في تمام الرواية: إذا كان تحته أختان فرق بينه وبين إحداهما، وإذا كان تحته فوق أربع فرق بينه وبين الزيادة؛ فدل على أنه لم يجعله كابتداء العقد.

ومنها: لو تزوج صغيرة وكبيرة، ولم يدخل بها حتى أرضعت الكبيرة الصغيرة؛ فسد نكاح الكبيرة لمصيرها من أمهات نسائه.

وفي الصغيرة روايتان:

إحداهما: يفسد نكاحها أيضاً، كمن عقد على أم وبنت ابتداءً.

والثانية: لا يبطل، وهي أصح، ومسألة الجمع في العقد قد سبق الخلاف فيها، وعلى التسليم فيها؛ فالفرق بينها وبين مسألتنا أن الجمع ها هنا حصل في الاستدامة دون الابتداء والدوام أقوى من الابتداء؛ فهو كمن أسلم عن أم وبنت.

ومنها: لو كان تحت ذمي أربع نسوة، ثم استرق للحوقه بدار الحرب أو غيره؛ قال الشيخ مجد الدين: يحتمل أن يتخير منهم اثنتين كما لو أسلم عبد وتحته أربع، ويحتمل أن يبطل نكاح الجميع؛ كالرضاع الحادث المحرم للجمع.

ومنها: لو تزوج حرة وأمة في عقد، وهو فاقد لشرط نكاح الإماء؛ فإنه يبطل نكاح الأمة وحدها على الأصح؛ لأن الحرة تمتاز عليها بصحة ورود نكاحها عليها في مثل هذه الحال ولا عكس.

والثالث: وهو المنع من القدر المشترك - أمثلة:

منها: لو قال لزوجاته: «والله؛ لا وطئت إحداكن» ناوياً بذلك الامتناع من وطء مسمى إحداهن؛ وهو القدر المشترك بين الجميع؛ فيكون مولياً من الجميع، مع أن العموم يستفاد أيضاً من كونه مفرداً مضافاً، أما لو قال: لا وطئت واحدة منكن؛ فالمذهب الصحيح أنه يعم الجميع، وهو قول القاضي والأصحاب بناءً على أن النكرة في سياق النفي تفيد العموم.

وحكى القاضي عن أبي بكر أنه يكون مولياً من واحدة غير معينة، وأخذه من قوله: إذا آلى

من واحدة معينة منهن وأشكلت عليه؛ أخرجت بالقرعة، ولا يصح هذا الأخذ كما لا يخفى.

وحكى صاحب «المغني»[1] عن القاضي كذلك والقاضي مصرح بخلافه؛ فإنه قال: هو إيلاء من الجميع رواية واحدة، لكنه قال: متى وطئ واحدة منهن انحلت اليمين من الكل، بخلاف ما إذا قال: لا وطئت كل واحدة منكن أو لا وطئتكن؛ فإنه إذا وطئ واحدة منهن حنث، وبقي الإيلاء من البواقي، وإن لم يحنث بوطئهن؛ لأن حقهن من الوطء لم يستوف، والفرق بين الصور الثلاث: أن قوله: «لا أطأ كل واحدة منكن أو لا أطأكن» في قوة أيمان متعددة لإضافته إلى متعدد، بخلاف قوله: لا أطأ واحدة منكن؛ فإنه مضاف إلى مفرد منكر موضوع بالأصالة لنفي الوحدة وعمومه عموم بدل لا شمول؛ فاليمين فيه واحدة، فتنحل بالحنث بوطء واحدة، ولكن مقتضى هذا التفريق أن تتعدد الكفارة في الصورتين الأولتين بوطء كل واحدة، وهو قياس إحدى الروايتين في الظهار من نسائه بكلمة واحدة: إن الكفارة تتعدد، ويمكن أن يقال: النكرة في سياق النفي إن قيل: إنها تعم بوضعها كما تعم صيغ الجموع؛ فالصور الثلاث متساوية، وإن قيل: إن عمومها جاء ضرورة نفي الماهية؛ فالمنفي بها واحد لا تعدد فيه، وهو الماهية المطلقة؛ فيتجه تفريق القاضي المذكور، والله أعلم.

ومنها: إذا قال: إن خرجتِ من الدار مرة بغير إذني، فأنت طالق، ونوى بذلك القدر المشترك بين المرات؛ اقتضى العموم بغير إشكال، وإن أطلق؛ فقال القاضي في «خلافه»: تتقيد يمينه بمرة واحدة، وسلم أنه لو أذن لها مرة، فخرجت بإذنه، ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه؛ لم تطلق، وخالفه أبو الخطاب وابن عقيل في «خلافيهما»، وهو الحق، ثم اختلف المأخذ؛ فقال ابن عقيل: ذكر المرة تنبيه على المنع من الزيادة عليها، وظاهر كلام أبي الخطاب أن العموم أتى من دخول النكرة في النفي، ولا حاجة إلى ذلك كله؛ فإن اليمين عندنا إنما تنحل بالحنث، ولو خرجت مئة مرة بإذنه؛ لم تنحل اليمين بذلك عندنا، والمحلوف عليه قائم، وهو خروجها مرة بغير إذنه؛ فمتى وجد ترتب عليه الحنث.

---

(١) «المغني» (٧/ ٤٢٢).

القاعدة العاشرة بعد المئة

من ثبت له أحد أمرين.

فإن اختار أحدهما؛ سقط الآخر، وإن أسقط أحدهما؛ ثبت الآخر، وإن امتنع منهما، فإن كان امتناعه ضرراً على غيره؛ استوفى له الحق الأصلي الثابت له إذا كان مالياً، فإن لم يكن حقّاً ثابتاً سقط، وإن كان الحق غير مالي ألزم بالاختيار، وإن كان حقّاً واجباً له وعليه، فإن كان مستحقه غير معين؛ حبس حتى يعينه ويوفيه، وإن كان مستحقه معيناً؛ فهل يحبس أو يستوفى منه الحق الذي عليه؟

فيه خلاف، وإن كان حقّاً عليه وأمكن استيفاؤه منه استوفى، وإن كان عليه حقان أصل وبدل، فامتنع من البدل؛ حكم عليه بالأصل.

ويندرج تحت هذه القاعدة صور:

منها: لو عفى مستحق القصاص عنه، وقلنا: الواجب أحد أمرين؛ تعين له المال، ولو عفى عن المال؛ ثبت له القود.

ومنها: لو اشترى شيئاً فظهر على عيب فيه، ثم استعمله استعمالاً يدل على الرضا بإمساكه؛ لم يسقط حقه من المطالبة بالأرش عند ابن عقيل؛ لأن العيب موجب لأحد شيئين: إما الرد، وإما الأرش، فإسقاط أحدهما لا يسقط به الآخر.

وقال ابن أبي موسى والقاضي: يسقط الأرش أيضاً وفيه بعد.

ومنها: لو أتاه الغريم بدينه في محله، ولا ضرر عليه في قبضه؛ فإنه يؤمر بقبضه أو إبرائه، فإن امتنع قبضه له الحاكم وبرئ غريمه.

ومنها: لو امتنع الموصى له من القبول والرد؛ حكم عليه بالرد، وسقط حقه من الوصية.

ومنها: لو تحجر مواتاً، وطالبت مدته، ولم يحيه، ولم يرفع يده عنه؛ فإن حقه يسقط منه.

ومنها: لو أسلم على أختين أو أكثر من أربع نسوة، وامتنع من الاختيار؛ حبس وعزر حتى يختار.

ومنها: لو أخرت المعتقة تحت عبد الاختيار حتى طالت المدة؛ أجبرها الحاكم على اختيار الفسخ أو الإقامة بالتمكين من الاستمتاع.

ومنها: لو أبى المولى بعد المدة أن يفيء أو يطلق؛ فروايتان:

إحداهما: يحبس حتى يفيء أو يطلق.

والثانية: يفرق الحاكم بينهما.

ومنها: لو حل دين الرهن وامتنع من توفيته، وليس ثَمَّ وكيل في البيع؛ باعه الحاكم وَوَفَّى الدَّيْن منه.

ومنها: لو ادُّعِيَ عليه، فأنكر، وطُلِبَتْ منه اليمين، فنكل عنها؛ قضي عليه بالنكول، وجعل مقرّاً لأن اليمين بدل عن الإقرار، أو عن البذل، فإذا امتنع من البدل؛ حكم عليه بالأصل.

ومنها: لو نكل المدعى عليه عن الجواب بالكلية، فإن كانت الدعوى مما يقضى فيها بالنكول؛ فهل يقضى عليه به هنا، أم يحبس حتى يجيب؟

على وجهين، وإن كانت مما لا يقضى فيها بالنكول؛ كالقتل والحد؛ فهل يحبس حتى يقر، أو يخلى سبيله؟

على وجهين.

القاعدة الحادية عشر بعد المئة

إذا كان الواجب بسبب واحد أحد شيئين، فقامت حجة يثبت بها أحدهما دون الآخر؛ فهل يثبت به أم لا؟

على روايتين، ويخرج عليها مسائل:

منها: إذا قلنا: موجب قتل العمد أحد شيئين، فإذا ادعى أولياء المقتول على ولي القاتل في القسامة، فنكل؛ فهل يلزمه الدية؟

على روايتين.

ومنها: لو ادعى جراحة عمد على شخص، وأتى شاهد وامرأتين؛ فهل تلزمه ديتها؟

على الروايتين، والصحيح فيهما عدم وجوب الدية؛ لئلا يلزم أن يجب بالقتل الدية عيناً، وأما إن قلنا: إن موجب القتل القصاص عيناً، فالدية بدل؛ فلا يجب بما لا يجب به المبدل.

ومنها: لو شهد رجل وامرأتان بقتل عبد عمداً؛ فهل يثبت بذلك غرم قيمة العبد دون القود؟

على روايتين حكاهما صاحب «المحرر»[1]، وذكر أن رواية وجوب القيمة رواها ابن منصور، وتأملت «رواية ابن منصور»؛ فإذا ظاهرها أن القاتل كان حرّاً؛ فلا تكون جنايته موجبة للقود؛ فلا تكون المسألة من هذا القبيل، بل من نوع آخر، وهو إذا كانت الجناية موجبة للمال عيناً، وقامت بها بينة يثبت بها المال دون أصل الجناية؛ فهل يجب بها المال؟

على روايتين، كما لو كانت الجناية خطأً أو عمداً يوجب المال دون القود، وأتى عليها بشاهد وامرأتين، أو ادعى قتل كافر في الصف وأتى بشاهد وحلف معه؛ فهل يستحق بذلك سلبه؟

على الروايتين.

---

(١) «المحرر» (٢/ ٣٢٥).

القاعدة الثانية عشر بعد المئة

إذا اجتمع للمضطر محرمان، كل منهما لا يباح بدون الضرورة؛ وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضررا؛ لأن الزيادة لا ضرورة إليها؛ فلا تباح؟

ويتخرج على ذلك مسائل[(١)]:

منها: إذا وجد المحرم صيداً وميتة؛ فإنه يأكل الميتة، نص عليه أحمد؛ لأن في أكل الصيد ثلاث جنايات: صيده، وذبحه، وأكله، وأكل الميتة فيها جناية واحدة، وعلى هذا؛ فلو وجد لحم صيد ذبحه محرم وميته؛ فإنه يأكل لحم الصيد، قاله القاضي في «خلافه»؛ لأن كلاً منهما فيه جناية واحدة، ويتميز الصيد بالاختلاف في كونه مذكى، وفي هذا نظر؛ فإن أكل الصيد جناية على الإحرام، ولهذا يلزمه بها الجزاء عند الحنفية، وهو مستغنى عن ذلك بالأكل من الميتة، ثم وجدت أبا الخطاب في «انتصاره» اختار أكل الميتة معللاً بما ذكرنا، ولو وجد بيض صيد؛ فظاهر كلام القاضي أنه يأكل الميتة ولا يكسره ويأكله لأن كسره جناية كذبح الصيد[(٢)].

ومنها: نكاح الإماء والاستمناء كلاهما إنما يباح للضرورة، ويقدم نكاح الإماء كما نص عليه ابن عباس؛ لأنه مباح بنص الكتاب، والآخر متردد فيه.

وقال ابن عقيل في «مفرداته»: الاستمناء أحبُّ إليَّ من نكاح الأمة. وفيه نظر، وأما نكاح الإماء ووطء المستحاضة؛ فقال ابن عقيل في روايتيه: إنما يباح وطء المستحاضة عند خوف العنت وعدم الطول لنكاح غيرها، وظاهر هذا أن نكاح الإماء مقدم عليه، ويوجه بما ذكرنا من النص على إباحة نكاح الإماء دون وطء المستحاضة؛ فإنه في معنى وطء الحائض لكونه دم أذى[(٣)].

---

(١) **ابن عثيمين:** (معنى القاعدة: إذا اجتمع محرمان، والمحرم لا يباح إلا للضرورة، ولا بد من ارتكاب أحدهما؛ فنحن مضطرون إلى ارتكاب أحد المحرمين؛ فأيهما نقدم؟

نقدم الأخف؛ لأن الزيادة على الأخف زيادة محرمة لا ضرورة إليها، والواجب تجنب المحرم قدر الإمكان، كما أنه لو اجتمع واجبان، أحدهما أوجب، ولا بد من ترك أحدهما نقدم الأوجب لأننا لو أخذنا بالأدنى لأسقطنا الواجب الزائد، وهذا لا ضرورة إلى إسقاطه) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (الصحيح في هذه المسألة أنه يأكل الصيد؛ لأن تحريم الميتة لخبثها وتحريم الصيد لاحترامه، ومعلوم أن ما حرم لخبثه أشد مما حرم لاحترامه؛ لأن المحرم لخبثه يضرّ بعينه، ثم يقال: الصيد إذا اضطر الإنسان إليه؛ صار حلالاً، فإذا ذكاه كان ذبحه حلالاً؛ لقول النبي ﷺ: «ما أنهر الدم؛ فكل»، وثالثاً: إن النفس تتقزز من الميتة، وربما يموت الإنسان جوعاً ولا يأكل الميتة، ولا تتقزز من الصيد والصواب أن أكل الصيد عليه واجب لأن الصيد حلالاً) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (هذا إنسان ليس عنده مهر يدرك به الحرة، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء:٢٥]، فإذا كان ليس لديه مهر فلا =

ومنها: من أبيح له الفطر لشبقه، ولم يمكنه الاستمناء، واضطر إلى الجماع في الفرج؛ فله فعله، فإن وجد زوجة مكلفة صائمة وأخرى حائضة؛ ففي احتمالان ذكرهما صاحب «المغني»:

أحدهما: وطء الصائمة أولى لأن أكثر ما فيه أنها تفطر لضرر غيرها، وذلك جائز؛ كفطرها لأجل الولد، وأما وطء الحائض؛ فلم يعهد في الشرع جوازه؛ فإنه حرم للأذى ولا يزول الأذى بالحاجة إليه.

شك أنه يجوز له نكاح الأمة وهذه المسألة غير واردة في كلام المؤلف؛ لأنّ المسألة مفترضة فيما إذا كان نكاح الأمة حرام، بأنْ يكون قد تزوج امرأة حرّة، أو عنده مهر يستطيع أنْ يتزوج به امرأة حرة، ولكنّه لم يُقدم على زواج الحرّة، فيبقى الآن متردداً بين أنْ يستمني أو يتزوج أمة أو يتزوج حرة؟ فنقول له: الآن يجب أن تتزوج حرة فإذا قال: فأنا الآن طلبت إذن وكل من قرعت بابه يتعذّر، لكني إذا خطبت أمة رحبوا بي، فنقول له: تزوج أمة؛ لأن الأمة حينئذ حلال؛ ولأن تعذر المرآة كتعذر المهر، والله عز وجل يقول: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم﴾ [النساء:٢٥]. والمسألة فيها عسر على كلام المؤلف؛ لأن تحريم الأمة لا يكون إلا للصون. وإن وجد حرة قلنا: إنّ الأمة حرام عليك والاستمناء حرام عليك لاستغنائه عن ذلك؛ فنكاح الحرة وإذا كان يسعى ولكن لم يجد من يزوجه، نقول: إنّ نكاح الأمة حينئذ حلال؛ لأن تعذر المرأة كتعذر مهرها ولا فرق، والجامع بينهما الشقة عندنا في نكاح الأمة ولو فرض أن المسألة تصح، ولو أن الأمر دار بين أن يتزوج امرأة وأنْ يستمني فأيهما أولى؟ فقال بعضهم: يتزوج الأمة وقال بعضهم: يستمني، وقول المؤلف: أنه مباح بنص الكتاب، نقول في الحالة التي يكون فيها مباحاً لا يكون في المسألة التي نحن فيها؛ لأنّه في الحالة التي يكون فيها مباح يكون اجتمع عندنا محرم وهو الاستمناء، ومباح وهو نكاح الأمة، ومعلوم أنّه لا يمكن أن يدفع المباح بالحرام، فالمسألة مفروضة فيما إذا كان نكاح الأمة حراماً، وإذا كان حراماً فإنْ تعليل المؤلف بتقديم نكاح الأمة لأنّه مباح بالنص يكون ساقطاً؛ لأنه إذا أبيح بالنص ففي الحال التي يكون فيها مباحاً لا يقال أنّه حرام وبناءً عليه يكون ما قاله ابن عقيل هو الصواب، يعني إذا تعارض عندنا أمران نكاح أمة وهو محرم واستمناء فإن الاستمناء أهون بلا شك، لأنّ نكاح الأمة يترتب عليه محظور وهو استرقاق الأولاد؛ لأنك إذا تزوجت امرأة مملوكة صار أولادك أرقاء فمشكلة أن ينظر الإنسان إلى ولدك يقاد برقبته كالبهيمة ويقول من العبد. من فلان بن فلان. فالصواب بلا شك أنه يقدم الاستمناء في هذه الحالة.

على أننا نقول: إذا كان هناك ضرورة للاستمناء؛ فإنه ينقلب مباحاً وكأن المؤلف يقول: إذا دعت الضرورة إلى ارتكاب أحد المحرمين كالضرورة إلى الاستمناء، كأن الاستمناء مباحاً على أن الاستمناء أصله مختلف في حِلّه؛ فإن مِنْ أهل العلم من يرى أنّه حلال بشرط أن لا ينهك البدن، ومنهم من يرى أنه مكروه ولا يتضرر، فكيف يقدم نكاح الإماء على الاستمناء الذي حل في الضرورة وصار مباحاً عند عدم الضرورة، بل لمجرد متعة. فاختلف العلماء في حِلّه، والصحيح بلا شك أنه حرام. وإنما قصدي أنْ أقول: إننا إذا رددنا هذه المسألة إلى الأصول، وجدنا أن الاستمناء أخف من نكاح الإماء وإن نكاح الإماء لا يتصور فيه التحريم إلا إذا كان يجد نكاح الأمة وعدل عنه، أقول: نكاح الأمة لا يجوز إلا إذا تعذّر نكاح الحرة، أما إذا قدر فيجب أن يتزوج حر ولا يحل له أنْ يتزوج أمة. وتزوج الأمة، غير ملك الأمة المالك يطأ الأمة بالتسري لا بالنكاح، وتزوج الأمة ان يكون (مثلاً) عندي انا أمة ويأتي زيد يتزوجها مني، فيشتريها يتزوجها ويعطيني مهرها (١٠٠) ريال وأقول زوجت أمتي فلان) ا.هـ

والثاني: يخير لتعارض مفسدة وطء الحائض من غير إفساده عبادة عليها وإفساد صوم الطاهرة.

والأول هو الصحيح؛ لما ذكرنا من إباحة الفطر لأسباب دون وطء الحائض[1].

ومنها: إذا ألقى في السفينة نار، واستوى الأمران في الهلاك -أعني: المقام في النار، وإلقاء النفوس في الماء-؛ فهل يجوز إلقاء النفوس في الماء، أو يلزم المقام؟

على روايتين، والمنقول عن أحمد في «رواية مُهَنَّا» أنه قال: أكره طرح نفوسهم في البحر. وقال في «رواية أبي داود»[2]: يصنع كيف شاء. قيل له: هو في اللج لا يطمع في النجاة! قال: لا أدري؟ فتوقف. ورجح ابن عقيل وغيره وجوب المقام مع تيقن الهلاك فيها، لئلا يكون قاتلاً لنفسه، بخلاف ما إذا لم يتيقنوا ذلك؛ لاحتمال النجاة بالإلقاء[3].

---

(١) **ابن عثيمين:** (صورة المسألة: رجل صائم اضطر إلى ثلاثة أشياء:
إما الاستمناء، أو وطء حائض، أو وطء صائمة فرض.
فنقول أولاً: يبدأ بالاستمناء، فإن لم يزل شبقه بذلك؛ فهو الآن مضطر إلى الجماع، وأمامه حائض وصائمة؛ فأيهما أولى أن يطأ الحائض أو الصائمة؟
فيه احتمالان، قيل: يطأ الحائض؛ لأن وطء الحائض لا يستلزم إفساد عبادة، غاية ما هنالك أنه وطء محرم، وليس هناك عبادة تفسد على المرأة، وقال بعضهم: بل يطأ الصائمة؛ لأن إفساد صوم الصائمة جائز لمصلحة الغير، ولهذا تفطر المرضع لحاجة ابنها في الرضاع، وهذه مثلها، وهذا هو الصحيح؛ لأن فطر الصائمة لمصلحة الغير ثابت، ولأن وطء الحائض أذى، وهو مستقذر، وأما وطء الصائمة؛ فليس كذلك، ثم إن الصائمة عند إرادة الوطء سوف تنوي الفطر وتفطر؛ فتجامع وهي مفطرة لعذر، وحينئذ ينتهك المجامع حرمة الصوم؛ فالمهم إن وطء الصائمة أولى من وطء الحائض، هذا مع ما يضاف إلى ما يذكر من أن وطء الحائض فيه أضرار عظيمة، وحينئذ يكون في وطئها ضرر عليها، بخلاف الصائمة؛ إذ غاية ما هنالك من ضرر أن تفطر هذا اليوم ثم تقضيه، والله أعلم.
الواقع أن وطء المستحاضة لا يرد على القول الراجح لأن القول الراجح إن وطء المستحاضة جائز وليس حرام ودليله قوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ﴾ الآية والمستحاضة ليست حائض وهي طاهر ولو كان وطء المستحاضة حرام لبينه الرسول عليه الصلاة والسلام واستحاضة النساء في عهده فلم يرد نص واحد يدل على منع أزواجهن من الوطء وإذا كان حلالاً فإن هذا الفرع الذي ذكرهُ ابن عقيل يكون مرفوع بالأصل لأنه لو قلنا أن الرجل خير بين الاستمناء ووطء المستحاضة القول الراجح أن نقول بوطء المستحاضة لو لم يكن مضطر على سبيل التمتع فإنه لا حرج عليه) ا.هـ

(٢) مسائل أحمد لابنه عبدالله (ص٢٤٧).

(٣) **ابن عثيمين:** (هذه المسألة مشكلة، وهي إذا شبّ حريق في السفينة، فإن رأوا أن الأقرب إلى النجاة البقاء؛ لزمهم البقاء، وإن رأوا أن الأقرب أن يلقوا أنفسهم في الماء؛ لزمهم الإلقاء، وهذا واضح، ولكن المسألة ما إذا شكوا في الأمر، وتساوى عندهم الأمران؛ فهل يبقوا حتى تأكلهم النار، أم يلقوا أنفسهم في الماء ويغرقوا؟
فأمامهم هلاكان: هلاك بالنار، وهلاك بالماء، والظاهر أنهم يبقوا لأنهم إذا بقوا؛ صار هلاكهم بغير فعلهم، وأما إذا ألقوا أنفسهم؛ فيصير هلاكهم بفعلهم، وهذا حال عدم الترجيح أما إذا كان هناك ترجيح وجب فعل الواجب) ا.هـ

القاعدة الثالثة عشر بعد المئة

إذا وجدنا جملة ذات أعداد موزّعة على جملة أخرى؛ فهل تتوزع أفراد الجملة الموزعة على أفراد الأخرى، أو كل فرد منها على مجموع الجملة الأولى؟

هذه على قسمين:

الأول: أن توجد قرينة تدل على تعيين أحد الأمرين؛ فلا خلاف في ذلك؛ فمثال ما دلت القرينة فيه على توزيع الجملة على الجملة الأخرى، فيقابل كل فرد كامل بفرد يقابله؛ إما لجريان العرف، أو دلالة الشرع على ذلك، وإما لاستحالة ما سواه أن يقول لزوجتيه: إنْ أكَلْتُما هذين الرغيفين؛ فأنتما طالقتان، فإذا أكلت كل واحدة منهما رغيفاً؛ طلقت لاستحالة أكل كل واحدة للرغيفين، أو يقول لعبديه: إن ركبتما دابتيكما أو لبستما ثوبيكما أو تقلدتما سيفيكما أو اعتقلتما رمحيكما أو دخلتما بزوجتيكما؛ فأنتما حران؛ فمتى وجد كل واحد منهما ركوب دابته أو لبس ثوبه أو تقلد سيفه أو رمحه أو الدخول بزوجته؛ ترتب عليهما العتق؛ لأن الانفراد بهذا عرفي، وفي بعضه شرعي؛ فيتعين صرفه إلى توزيع الجملة على الجملة، ذكره في «المغني»[1].

ومثال ما دلت القرينة فيه على توزيع كل فرد من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى: أن يقول رجل لزوجتيه: إن كلمتما زيداً وكلَّمْتُما عمراً؛ فأنتما طالقتان؛ فلا يطلقان حتى تكلم كل واحدة منهما زيداً وعمراً.

والقسم الثاني: أن لا يدل دليل على إرادة أحد التوزيعين؛ فهل يحمل التوزيع عند هذا الإطلاق على الأول أو الثاني؟

في المسألة خلاف، والأشهر أنه يوزع كل فرد من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى إذا أمكن، وصرح بذلك القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب في مسألة الظهار من نسائه بكلمة واحدة، ولذلك لا يذكر الخلاف إلا في بعض الصور، ويجب طرده في سائرها ما لم يمنع منه مانع، ولذلك أمثلة كثيرة:

---

(١) «المغني» (٧/ ٣٥٤).

فمنها: قوله ﷺ في تعليل مسحه على الخفين: «إني أدخلتهما وهما طاهرتان»[1]؛ هل المراد أنه أدخل كل واحدة من قدميه الخفين وكل واحدة منهما طاهرة، أو المراد أنه أدخل كلا القدمين الخفين وكل قدم في حال إدخالها طاهرة؟

وينبني على ذلك مسألة ما إذا غسل إحدى رجليه، ثم أدخلها الخف، ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف؛ فعلى التوزيع الأول، وهو توزيع المفرد على الجملة: لا يجوز المسح؛ لأنه في حال إدخال الرجل الأولى الخف لم تكن الرجلان طاهرتين، وعلى الثاني -وهو توزيع المفرد على المفرد- يصح.

وفي المسألة روايتان عن أحمد، ولكن القائل بأن الحدث الأصغر لا يتبعض، وأنه لا يرتفع إلا بعد استكمال الطهارة بمنع طهارة الرجل الأولى عند دخولها الخف.

نعم، وجدت طهارتهما عند استكمال لبس الخفين، وذلك من باب توزيع الجملة على الجملة.

ومنها: مسألة مد عجوة، وهي قاعدة عظيمة مستقلة بنفسها؛ فلنذكر ها هنا مضمونها ملخصاً؛ فنقول: إذا باع ربوياً بجنسه ومعه من غير جنسه من الطرفين أو أحدهما؛ كمدٍّ عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم، أو مد عجوة ودرهم بمدي عجوة أو بدرهمين؛ ففيه روايتان:

أشهرهما: بطلان العقد، وله مأخذان:

أحدهما: وهو مسلك القاضي وأصحابه: إن الصفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفي القيمة؛ يقسط الثمن على قيمتهما، وهذا يؤدي ها هنا إما إلى يقين التفاضل وإما إلى الجهل بالتساوي، وكلاهما مبطل للعقد في أموال الربا وبيان ذلك أنه إذا باع مدا يساوي درهمين ودرهماً بمدين يساويان ثلاثة دراهم؛ كان الدرهم في مقابلة ثلثي مد، ويبقى مد في مقابلة مد وثلث، وذلك ربا، وكذلك إذا باع مدّاً يساوي درهمين ودرهماً بمدين يساويان ثلاثة دراهم؛ فإنه يتقابل الدرهم بثلثي مد، ويبقى مد وثلث في مقابلة مد، وأما إن فرض التساوي؛ كمد

---

(١) الحديث أخرجه البخاري (٢٠٦)، ومسلم (٢٧٤).

يساوي درهماً ودرهم بمد يساوي درهمين؛ فإن التقويم ظن وتخمين؛ فلا يتيقن معه المساواة والجهل بالتساوي ها هنا؛ كالعلم بالتفضل، فلو فرض أن المُدَّيْن من شجرة واحدة أو زرع واحد، وأن الدرهمين من نقد واحد؛ ففيه وجهان ذكرهما القاضي في «خلافه» احتمالين:

أحدهما: الجواز؛ لتحقق المساواة.

والثاني: المنع؛ لجواز أن يتغير أحدهما قبل العقد، فتنقص قيمته وحده، وصحح أبو الخطاب في «انتصاره» المنع؛ قال: لأنا لا نقابل مداً بمد ودرهماً بدرهم، بل نقابل مداً بنصف مد ونصف درهم، وكذلك لو خرج مستحقاً؛ لاسترد ذلك، وحينئذ؛ فالجهل بالتساوي قائم، هذا ما ذكروه في تقرير هذه الطريقة، وهو عندي ضعيف؛ لأن المنقسم هو قيمة الثمن على قيمة المثمن، لا إجراء أحدهما على قيمة الآخر؛ ففيما إذا باع مداً يساوي درهمين ودرهماً بمدين يساويان ثلاثة، لا نقول الدرهم مقابل بثلثي مد، بل نقول: ثلث الثمن مقابل لثلث المثمن، فنقابل ثلث المدين بثلث مد وثلث درهم، ونقابل ثلثا المدين بثلثي مد وثلثي درهم؛ فلا تنفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم، ولهذا لو باع شقصاً وسيفاً بمئة درهم وعشرة دنانير؛ لأخذ الشفيع الشقص بحصته من الدراهم والدنانير.

نعم! نحتاج إلى معرفة ما يقابل الدرهم أو المد من الجملة الأخرى إذا ظهر أحدهما مستحقاً أو رد بعيب أو غيره؛ ليرد ما قابله من عوضه، حيث كان المردود ها هنا معيناً مفرداً، أما مع صحة العقد في الكل واستدامته؛ فإنا نوزع أجزاء الثمن على أجزاء المثمن بحسب القيمة، وحينئذ؛ فالمفاضلة المتيقنة كما ذكروه منتفية، وأما أن المساواة غير معلومة؛ فقد تعلم في بعض الصور كما سبق.

والمأخذ الثاني: إن ذلك ممنوع؛ سداً لذريعة الربا، فإن اتخاذ ذلك حيلة على الربا الصريح واقع كبيع مئة درهم في كيس بمئتين جعلاً للمئة في مقابلة الكيس، وقد لا يساوي درهماً؛ فمنع ذلك وإن كانا مقصودين حسماً لهذه المادة.

وفي كلام أحمد إيماء إلى هذا المأخذ.

والرواية الثانية: يجوز ذلك بشرط أن يكون مع الربوي من غير جنسه من الطرفين، أو

يكون مع أحدهما، ولكن المفرد أكثر من الذي معه غيره، نص عليها أحمد في رواية جماعة جعلاً لغير الجنس في مقابلة الجنس أو في مقابلة الزيادة.

ومن المتأخرين؛ كالسامري من شرط فيما إذا كان مع كل واحد من غير جنسه من الجانبين التساوي جعلاً لكل جنس في مقابلة جنسه، وهو أولى من جعل الجنس في مقابلة غيره، لا سيما مع اختلافهما في القيمة.

وعلى هذه الرواية؛ فإنما يجوز ذلك ما لم يكن حيلة على الربا، وقد نص أحمد على هذا الشرط في «رواية حرب» ولا بد منه، وعلى هذه الرواية يكون التوزيع ها هنا للأفراد على الأفراد، وعلى الرواية الأولى هو من باب توزيع الأفراد على الجمل، أو توزيع الجمل على الجمل.

وللأصحاب في المسألة طريقة ثانية: وهي أنه لا يجوز بيع المحلى بجنس حليته قولاً واحداً، وفي بيعه بنقد آخر روايتان، ويجوز بيعه بعرض رواية واحدة، وهذه طريقة أبي بكر في «التنبيه» وابن أبي موسى والشيرازي وأبي محمد التميمي وأبي عبد الله الحسين الهمذاني في كتاب «المقتدى»[1].

ومن هؤلاء من جزم بالمنع من بيعه بنقد من جنسه وغير جنسه؛ كأبي بكر في «التنبيه»، وقال الشيرازي: الأظهر المنع، ومنهم من جزم بالجواز في بيعه بغير جنسه؛ كالتميمي، ومنهم من حكى الخلاف؛ كابن أبي موسى.

ونقل البرزاطي عن أحمد ما يشهد لهذه الطريقة في حلي صيغ من مئة درهم فضة ومئة نحاس: إنه لا يجوز بيعه كله بالفضة ولا بالذهب، ولا بوزنه من الفضة والنحاس، ولا يجوز بيعه حتى يخلص الفضة من النحاس، ويبيع كل واحد منهما وحده.

وفي توجيه هذه الطريقة غموض، وحاصله أن بيع المحلى بنقد بجنسه قبل التمييز والتفصيل بينه وبين حليته يؤدي إلى الربا؛ لأنه بيع ربوي بجنسه من غير تحقق مساواة لأن بعض الثمن يقابل العرض؛ فيبقى الباقي مقابلاً للربوي، ولا تتحقق مساواته له، وأما مع تميز الربوي ومعرفة مقداره؛ فإنما منعوا منه إذا ظهر فيه وجه الحيلة، أو كان التفاضل فيه متيقناً؛ كبيع عشرة

(١) واسم الكتاب «المقتدى في الفقه في المذهب» ومؤلفه الهمذاني يلقب بشمس الحفاظ.

دراهم مكسورة بثمانية صحاح، وفلسين أو ألف صحاحاً بألف مكسرة، وثوب أو ألف صحاحاً ودينار بألف ومئة مكسرة هكذا ذكره ابن أبي موسى.

وأما بيعه بنقد آخر أو بربوي من غير جنسه، ولكن علة الربا فيهما واحدة؛ فالخلاف فيه مبني على الخلاف في بيع الموزونات والمكيلات بعضها ببعض جزافاً، وفي جوازه روايتان، واختيار أبي بكر وابن أبي موسى والقاضي في «خلافه» المنع، وعللوه بأنه لو استحق أحدهما لم يدر بما يرجع على صاحبه فيؤدي إلى الربا من جهة العقد، وهكذا علل أهل هذه الطريقة المنع في هذه المسألة، وفيه ضعف؛ فإن المستحق لم يصح العقد فيه وعوضه ثابت في الذمة؛ فتجوز المصالحة عنه كسائر الديون المجهولة، وهذا الخلاف يشبه الخلاف في اشتراط العلم برأس مال السلم وضبط صفاته، وأنه إذا أسلم في جنسين؛ لم يجز حتى يبين قسط كل واحد منهما، فإن السلم والصرف متقاربان، وهذا كله في الجنسين.

فأما بيع نوعي جنس بنوع منه؛ ففيه طريقان:

أحدهما: إن حكم نوعي الجنس حكم الجنسين، وهو طريق القاضي وأصحابه نظراً إلى توزيع العوض بالقيمة؛ فيؤدي ذلك ها هنا إلى تعين المفاضلة؛ إذا ليس ها هنا شيء من غير الجنس يجعل في مقابلة الفاضل.

والثاني: الجواز ها هنا، وهو طريق أبي بكر، ورجحه صاحب «المغني» و «التلخيص» نظراً إلى أن الجودة والرداءة لا تعتبر في الربويات مع اتحاد النوع؛ فكذا في الجنس الواحد، والتقسيط إنما يكون في غير أموال الربا أو في غير الجنس، بدليل ما لو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ورديء؛ فإن المذهب جوازه، ولكن ذكر أبو الخطاب في «انتصاره» فيه احتمالاً بالمنع، ونقل ابن القاسم عن أحمد إن كان نقداً؛ لم يجز، وإن كان ثمراً؛ جاز، والفرق أن أنواع الثمار يكثر اختلاطها ويشق تمييزها، بخلاف أنواع النقود، وهذا كله فيما إذا كان الربوي مقصوداً بالعقد، فإن كان غير مقصود بالأصالة، وإنما هو تابع لغيره؛ فهذا ثلاثة أنواع:

أحدها: ما لا يقصد عادة ولا يباع مفرداً؛ كتزويق الدار ونحوه؛ فلا يمنع من البيع بجنسه بالاتفاق.

والثاني: ما يقصد تبعاً لغيره وليس أصلاً لمال الربا؛ كبيع العبد ذي المال بمال من جنسه إذا كان المقصود الأصلي هو العبد، وفيه ثلاثة طرق:

أحدها: إنه يصح، رواية واحدة، سواء قلنا: إن العبد يملك أوْ لا يملك، وهي طريقة أبي بكر والخرقي والقاضي في «خلافه» وابن عقيل في موضع من «فصوله» وصاحب «المغني»، وهي المنصوصة عن أحمد.

والثانية: البناء على ملك العبد، فإن قلنا: يملك؛ صح؛ لأن المال ملك العبد؛ فليس بداخل في عقد البيع؛ كمال المكاتب لا يدخل معه في بيعه، وإن قلنا: لا يملك اعتبر له شروط البيع، وهي طريقة القاضي في «المجرد» وأبي الخطاب في «انتصاره».

والثالثة: طريقة صاحب «المحرر»: إن قلنا: لا يملك اعتبر له شروط البيع، وإن قلنا: يملك؛ فإن كان مقصوداً اعتبر له ذلك وإلا؛ فلا.

وانكر القاضي في «المجرد» أن يكون القصد وعدمه معتبراً في صحة العقد في الظاهر، وهو عدول عن قواعد المذهب وأصوله.

النوع الثالث: ما لا يقصد، وهو تابع لغيره، وهو أصل لمال الربا إذا بيع بما فيه منه، وهو ضربان:

أحدهما: أن يمكن إفراد التابع بالبيع؛ كبيع نخلة عليها رطب برطب، وفيه طريقان:

أحدهما: وهو طريق القاضي في «المجرد»: المنع؛ لأنه مال مستقل بنفسه، فوجب اعتبار أحكامه بنفسه، فوجب اعتبار أحكامه بنفسه منفرداً عن حكم الأصل.

والثاني: الجواز، وهو طريقة أبي بكر والخرقي[1] وابن بطة والقاضي في «الخلاف» كما سبق في بيع العبد ذي المال، واشترط ابن بطة وغيره أن يكون الرطب غير مقصود، وكذلك شرط في بيع النخلة التي عليها ثمر لم يبد صلاحه: أن يكون الثمر غير مقصود، ونص أحمد

(١) «المغني» (٤/ ٦٥).

عليه في «رواية إبراهيم بن الحارث» و «الأثرم»، وتأوله القاضي لغير معنى، ومعنى قولنا: غير مقصود؛ أي: بالأصالة، وإنما المقصود الأصلي الشجر، والثمر مقصود تبعاً.

والضرب الثاني: أن لا يكون التابع مما يجوز إفراده بالبيع؛ كبيع شاة لبون بلبن أو ذات صوف بصوف، وبيع التمر النوى؛ فيجوز ها هنا عند القاضي في «المجرد» وابن حامد وابن أبي موسى، ومنع منه أبو بكر والقاضي في «خلافه»، وقد حكى في المسألة روايتان عن أحمد، ولعل المنع يتنزل على ما إذا كان الربوي مقصوداً والجواز على عدم القصد، وقد صرح باعتبار عدم القصد ابن عقيل وغيره ويشهد له تعليل الأصحاب كلهم الجواز بأنه تابع غير مقصود.

واعلم أن هذه المسائل مقتطعة عن مسائل مد عجوة، فإن القول بالجواز فيها لا يتقيد بزيادة المفرد على ما معه غيره.

وقد نص عليه أحمد في بيع العبد الذي له مال بمال دون الذي معه، وقاله القاضي في «خلافه» في مسألة العبد والنوى بالتمر، وكذلك المنع فيها مطلق عند الأكثرين.

ومن الأصحاب من خرجها أو بعضها على مسائل مد عجوة؛ ففرق بين أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أولاً، وقد صرح به طائفة من الأصحاب؛ كأبي الخطاب وابن عقيل في مسألة العبد ذي المال، وكذلك حكى أبو الفتح الحلواني رواية في بيع الشاة ذات الصوف واللبن بالصوف واللبن أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر مما في الشاة من جنسه، ولعل هذا مع قصد اللبن والصوف بالأصالة والجواز مع عدم القصد؛ فيرتفع الخلاف حينئذ، والله أعلم.

وإن حمل على إطلاقه؛ فهو متنزل على أن التبعية ها هنا لا عبرة بها، وأن الربوي التابع لغيره كالمستقل بنفسه، والله أعلم.

ومنها: إذا باع رجل عبدين له من رجلين بثمن واحد؛ فإن المبيع يقع شائعاً بينهما؛ فيكون لكل رجل منهما نصف كل عبد.

ولا يتخرج هنا وجه آخر: أن يكون لكل واحد عبد؛ لأنه يلزم من ذلك عدم تعيين المبيع؛ فيفسد البيع.

نعم، لو كان العقد مما يصح مبهماً؛ كالوصية والمهر والخلع توجه هذا التخريج فيه، ولو أقر

لرجل بنصف عبدين، ثم فسره بعبد معين قبل بخلاف ما إذا أقر له بنصف هذين العبدين، ثم فسره بأحدهما، ذكره صاحب «الترغيب»؛ لأن الأول مطلق، فيصح تفسيره بمعين؛ كما لو قال لزوجته: أنت طالق نصف طلقتين؛ فإنها تطلق واحدة، وأما إذا أوصى له بثلث ثلاثة أعبد، ثم استحق منهم اثنان؛ فهل يستحق ثلث الباقي أو كله؟

فيه وجهان، وهذا قد يتوهم منه قبول التفسير بعبد مفرد مع التعيين، وليس كذلك، بل مأخذ هذين الوجهين أنه هل يدخل العبيد ونحوهم قسمة الإجبار أم لا؟

وفيه وجهان، والمنصوص دخولها.

ومنها: إذا رهنه اثنان عينين أو عينا لهما صفقة واحدة على دين له عليهما، مثل أن يرهناه داراً لهما على ألف درهم له عليهما؛ فنص أحمد في «رواية مُهَنَّا» على أن أحدهما إذا قضى ما عليه ولم يقض الآخر: إن الدار رهن على ما بقي.

وظاهر هذا أنه جعل نصيب كل واحد رهناً بجميع الحق توزيعاً للمفرد على الجملة، لا على المفرد، وبذلك جزم أبو بكر في «التنبيه» وابن أبي موسى وأبو الخطاب، وهو المذهب عند صاحب «التلخيص».

قال القاضي في «الخلاف»: هذا بناءً على الرواية التي تقول: إن عقد الاثنين مع الواحد في حكم الصفقة الواحدة، فأما إذا قلنا بالمذهب الصحيح: أنهما في حكم عقدين؛ كان نصيب كل واحد مرهوناً بنصف الدين. قال: ويجوز أن يكون كل منهما لما رهن صار كفيلاً عن صاحبه؛ فلا ينفك الرهن في نصيبه حتى يؤدي جميع ما عليه.

وتأوله أيضاً في موضع آخر على أن كل واحد منهما كان كفيلاً عن صاحبه، فإذا قضى أحدهما؛ لم ينفك حقه من الرهن؛ لأنه مطالب بما ضمنه، قال: وأما إن لم يضمن كل واحد منهما ما على صاحبه؛ فله الرجوع بقدر حصته، وليس في كلام أحمد ما يدل على الضمان، وقد نبه على ذلك الشيخ مجد الدين وقال: على هذا يصح الرهن ممن ليس الدين عليه، وعلى الأول لا يصح[1].

(١) «المحرر» (١/ ٣٣٦).

وتأول القاضي أيضاً في «المجرد» وابن عقيل وصاحب «المغني»[١] كلام أحمد على أن الرهن انفك في نصيب الموفي للدين، لكن ليس للراهن مقاسمة المرتهن؛ لما عليه من الضرر، لا بمعنى أن العين تكون كلها رهناً، وبمثل ذلك تأول صاحب «المغني»[٢] ما قاله أبو الخطاب والحلواني وغيرهما فيمن رهن عند رجلين فَوَفَّى أحدهما أنه يبقى جميعه رهناً عند الآخر، وتأويله على المنع من المقاسمة ضعيف لوجهين:

أحدهما: أن أحمد نص على أن الدار رهن على ما بقي.

والثاني: أن انفكاك أحد النصيبين وقبض صاحبه له لا يتوقف على المقاسمة؛ فإن الشريك يقبض نصيبه من المشترك من غير اقتسام، ويكون قبضاً صحيحاً؛ إذ القبض يتأتى في المشاع.

ويشبه هذه المسألة ما إذا كاتب عبدين له صفقة بعوض واحد، ثم أدى أحدهما حصته من الكتابة؛ هل يعتق أم لا؟

على وجهين:

أحدهما: يعتق، وهو اختيار القاضي وأصحابه؛ لأنه أدى ما يخصه؛ فهو كما لو أدى أحد المشترِيَيْن حصته من الثمن؛ فإنه يتسلم نصيبه تسلماً مشاعاً عند الأصحاب.

وما ذكره في «المغني»[٣] من منع التسليم في هذه المسألة؛ فهو يرجع إلى أنه لا يتسلم العين كلها، وهذا صحيح، وقد صرح به القاضي في «الخلاف» و «الجامع الصغير».

والوجه الثاني: إنه لا يُعتَق واحدٌ منهما حتى يؤديان جميع مال الكتابة، وهو قول أبي بكر وابن أبي موسى، ونقل مُهَنَّا عن أحمد ما يشهد له، واختلف مأخذه؛ فقيل: لأن عتق الكتابة معلق بشرط؛ فلا يقع إلا بعد كمال شرطه، وهو ها هنا أداء جميع المال، وهذا بعيد على أصل أبي بكر؛ لأنه يرى أن الكتابة عقد معاوضة محضة لا تعليق فيها بحال، وقيل: لأن كل واحد منهما كفيل

---

(١) «المغني» (٤/ ٢٢٧).

(٢) «المغني» (٤/ ٢١٦).

(٣) «المغني» (٤/ ٩٣).

ضامن عن صاحبه؛ فلا يعتق حتى يؤدي جميع ما عليه، وقيل: لأنها صفقة واحدة؛ فلا تتبعض، وهذا قد يرجع إلى الضمان أيضاً، كأنه التزم كل واحد منهما الألف عنه وعن صاحبه؛ فيكون توزيعاً على الجملة إذ لو لم يلزم أحدهما أداء جميع المال؛ لما وقف عتقه على أدائه.

وقد اختلف كلام القاضي وابن عقيل في ضمان كل منهما عن الآخر؛ فنفياه تارة وأثبتاه أخرى.

ونقل ابن منصور عن أحمد في رجل له على قوم حق أنه كتب في كتابهم: أيهم شئت أخذت بحقي منه يأخذ أيهم شاء، ومفهومه أن الغرماء لا ضمان بينهم بدون الشرط بحال.

ومنها: لو وضع المتراهنان الرهن على يدي عدلين، وكانا عينين منفردين، أو كان مما يقسم؛ كالمكيل والموزون؛ فهل لهما اقتسامه وانفراد كل واحد منهما بحفظ نصفه أم لا؟

على وجهين:

أحدهما: يجوز ذلك، قاله القاضي في «المجرد» توزيعاً للمفرد على المفرد؛ فيكون كل واحد منهما أميناً على نصفه، وصرح القاضي بذلك.

وعلى هذا، فلو دفع أحدهما النصف المقسوم الذي بيده إلى الآخر؛ فتلف في يده؛ فهل يضمنه؟

على احتمالين ذكرهما القاضي؛ لأنه انفرد به بعد القسمة، بخلاف ما إذا سلم الكل قبل القسمة؛ فإنه لا يضمن، كذا قال القاضي.

وقال مرة أخرى: يضمن نصفه أيضاً.

والثاني: لا يجوز اقتسامه، بل يتعين حفظه كله على كل واحد منهما مجتمعين، وهو قول القاضي في «خلافه» وابن عقيل وصاحب «المغني»[1] و«التلخيص»؛ لأن المتراهنَيْن إنما رضيا بحفظهما جميعاً؛ فلا يجوز لهما الانفراد؛ كالوصيين والوكيلين في البيع.

---

(١) «المغني» (٤/ ٢٢٧).

وعلى هذا تخرج الوديعة لاثنين والوصية بالنسبة إلى الحفظ خاصة دون التصرف؛ فإنه لا يستقل أحدهما بشيء منه.

وقد روي عن أحمد ما يدل على جواز انفراد كل واحد منهما بنصف التصرف؛ فنقل عنه حرب فيمن قال لرجلين: تصدقا عني بألفي درهم من ثلثي. فأخذ كل واحد ألفاً فتصدق بها على حدة ليكون أسهل عليهما؛ فلم ير به بأساً، وهذا قد يختص بالصدقة لحصول المقصود بها بالانفراد، بخلاف غيرها من التصرفات التي يقصد بها الحظ والغبطة والكسب.

قال في «التلخيص»: ولو وكل اثنين في المخاصمة؛ لم يكن لواحد الاستبداد بها؛ كالوصيين ووكيلي التصرف، ويحتمل أن يكون له لأن العرف في الخصومة يقتضيه بخلاف غيرها. انتهى.

وقال أيضاً: ولو تعدد المعين؛ فاحتمالان (يعني: في تعدد الصفقة واتحادها).

ومنها: الضمان، فإذا ضمن اثنان دين رجل لغريمه؛ فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصة؟

على وجهين:

أحدهما: كل منهما ضامن للجميع، نص عليه أحمد في رواية مُهَنَّا في رجل له على رجل ألف درهم؛ فكفل بها كفيلان كل واحد منهما كفيل ضامن؛ فأيهما شاء أخذ جميع حقه منه، وكذلك قال أبو بكر فيمن قال في السفينة لرجل: ألق متاعك في البحر على أني وركبان السفينة ضمناء، فألقاه؛ ضمنه دونهم إلا أن يتطوعوا بالضمان معه، وقد يكون مأخذ أبي بكر أن هذا من باب التغرير؛ فإنه إنما ألقاه ظنّاً منه أن قيمته ترد عليه اعتماداً على قول هذا القائل؛ فلذلك لزمه الضمان كله.

وعلى هذا؛ فيفرق بين أن يكون صاحب المتاع عالماً بالحكم أو جاهلاً به.

والوجه الثاني: أن الضمان بالحصة إلا أن يصرحوا بما يقتضي خلافه، مثل أن يقولوا: ضمنا لك، وكل واحد منا الألف التي لك على فلان فإن كل واحد يلزمه الألف حينئذ.

وأما مع إطلاق ضمان الألف منهم؛ فبالحصة، وهذا قول القاضي في «المجرد» و «الخلاف»

وصاحب «المغني»[(١)].

وذكر ابن عقيل في المسألة احتمالين، وبناه القاضي على أن الصفقة تتعدد بتعدد الضامنين؛ فيصير الضمان موزعاً عليهما.

وعلى هذا؛ فلو كان المضمون ديناً متساوياً على رجلين؛ فهل يقال: كل واحد منهما ضامن لنصف الدينين، أو كل منهما ضامن لأحدهما بانفراده؟

إذا قلنا بصحة ضمان المبهم يحتمل وجهين، والأول أشبه بكلام الأصحاب، وشبيهه بهذه المسألة ما إذا كفل اثنان شخصاً لآخر، فسلمه أحدهما إلى المكفول له؛ فهل يبرأ الكفيل الآخر أم لا؟

على وجهين:

أشهرهما: إنه لا يبرأ؛ لأنهما كفالتان، والوثيقتان إذا انحلت إحداهما بغير توفية؛ بقيت الأخرى؛ كالضامنين إذا أبرئ أحدهما، وهذا قول القاضي وأصحابه.

والثاني: يبرأ؛ لأن التوفية قد وجدت بالتسليم؛ فهو كما لو سلم المكفول نفسه أو وفى أحد الضامنين الدين، وهو احتمال في «الكافي»، وقواه الأزجي في «نهايته»، وهو ظاهر كلام السامري في «فروقه»[(٢)]، وهو يعود إلى أنها كفالة واحدة، والأظهر أنهما إن كفلا كفالة اشتراك بأن قالا: كفلنا لك زيداً نسلمه إليك، فإذا سلمه أحدهما؛ برئ الآخر؛ لأن التسليم الملتزم واحد؛ فهو كأداء أحد الضامنين للمال، وإن كفلا كفالة انفراد واشتراك بأن قالا: كل واحد منا كفيل لك بزيد؛ فكل منهما ملتزم له إحضاراً؛ فلا يبرأ بدونه ما دام الحق باقياً على المكفول؛ فهو كما لو كفلاه في عقدين متفرقين، وهذا قياس قول القاضي في ضمان الرجلين للدين.

واعلم أن عقود التوثقات والأمانات إذا اشتملت على جمل؛ فإنه يمكن فيها توزيع أفراد الجملة أو أجزائها على أفراد الجملة المقابلة لها، أو على أجزاء العين المقابلة لها؛ فيقابل كل

(١) «المغني» (٩/ ١٦١).

(٢) حقق هذا الكتاب (قسم العبادات منه) في جامعة الإمام ابن مسعود في سنة ١٤٠٢هـ، للباحث محمد بن إبراهيم اليحيى.

مفرد لمفرد أو كل مفرد لجزء، أو كل جزء لجزء، ويمكن توزيع كل فرد من الجملة على مجموع أفراد الجملة الأخرى، أو أجزائها؛ فيثبت الاشتراك بالإشاعة، ويكون العقد على هذين الاحتمالين واحداً، ويمكن أن يثبت حكم التوثقة والأمانة بكماله لكل فرد فرد؛ فيكون ها هنا عقود متعددة، وقد ذكرنا في هذه المسائل التفريع على هذه الاحتمالات الثلاث.

فأما عقود التمليكات؛ فلا يتأتى فيها الاحتمال الثالث، ولو قيل بتعدد الصفقة فيما يتعدد المتعاقدين لاستحالة أن يكون الملك ثابتاً في عين واحدة لمالكين على الكمال، وإنما يقع التردد فيها بين الاحتمالين الأولين، ويستثنى من ذلك صورتان:

إحداهما: أن يوصي بعين لزيد ثم يوصي بها لعمرو، وتقول: ليس برجوع كما هو المشهور من المذهب؛ فيكون كل منهما مستحقاً للعين بكمالها، ويقع التراحم فيشتركان في قسمتها، فلو مات أحدهما قبل الموصى أوْ رد؛ لاستحقها الآخر بكمالها.

والثانية: أن يقف على قوم معينين أو موصوفين، ثم على آخرين بعدهم؛ فإن كل واحد من الطبقة الأولى مستحق لجميع الوقف بانفراده، حتى لو لم يبق من الطبقة سواه لاستحق الوقف كله، هكذا ذكره القاضي والأصحاب.

وقد نص أحمد في «رواية يوسف ابن موسى»[1] و«محمد بن عبيد الله المنادي»[2] فيمن وقف ضيعة على ولده وأولادهم وأولاد أولادهم أبداً ما تناسلوا، فإن حدث بواحد منهم حدث الموت؛ دفع ذلك إلى ولد ولده (يعني: الواقف وولد أولادهم) يجري ذلك عليهم ما تناسلوا، وقد ولد لهؤلاء القوم الذين وقف عليهم أولاد يدخلون مع أولادهم في القسمة، أو يصير هذا الشيء إليهم بعد موت آبائهم، ومن مات منهم ولم يخلف ولداً يرجع نصيبه إلى إخوته أم لا؟

قال: يجري ذلك على الولد وولد الولد يتوارثون ذلك حتى لا يكون للميت ولد، فيرد على الباقين من إخوته، وظاهر كلامه أنه يكون ترتيب أفراد بين كل ولد ووالده؛ لقوله:

---

(١) هو يهودي أسلم على يد الإمام أحمد واسمه يوسف بن موسى العطار الحربي، لازم الإمام أحمد وروى عنه.

(٢) هو محمد عبيدالله بن يزيد أبوجعفر بن المنادي (ت٢٧٢هـ) له مسائل عن الإمام أحمد.

يتوارثون ذلك، وجعل قول الواقف من مات عن ولد؛ فنصيبه لولده مقتضياً لهذا الترتيب ومخصصاً لعموم أول الكلام المقتضي للتشريك.

وقد زعم الشيخ مجد الدين[1] أن كلام القاضي في «المجرد» يدل على خلاف ذلك، وأنه يكون مشتركاً بين الأولاد وأولادهم، ثم يضاف إلى كل ولد نصيب والده بعد موته، وليس في كلام القاضي ما يدل على ذلك لمن راجعه وتأمله.

وأما قوله: حتى لا يكون للميت ولد فيرد على الباقين من إخوته؛ فيعني به: أن من مات من غير ولد؛ فنصيبه لإخوته، وهذا قد يدل لما ذكره الأصحاب: إن من مات من طبقة انتقل نصيبه إلى الباقين منها بإطلاق الوقف، وقد يقال: لا دلالة فيه على ذلك؛ لأن هذا الواقف وقف على ولده وولد ولده أبداً بالتشريك، فلو تُركنا وهذا؛ لَشَرَكْنا بين البطون كلها، لكنه استثنى من ذلك أن من مات عن ولد فنصيبه لولده؛ ففهم منه أن الولد لا يستحق مع والده، فيبقى ما عداه داخلاً في عموم أول الكلام، فاستحقاق الأخوة ها هنا متلقى من كلام الواقف.

ومثل هذا لا نزاع فيه، إنما النزاع فيما إذا لم يدل كلام الواقف عليه ولا يقال: قد دل كلام الواقف عليه حيث جعله بعد تلك الطبقة لطبقة أخرى، فلم يجعل للثانية حقاً فيه مع وجود الأولى؛ فدل على أن الأولى هي المستحقة ما دامت موجودة؛ لأنه قد يجاب عنه بأن نفي استحقاق الثانية مع وجود الأولى لا يدل على أن الأولى هي المستحقة لجميعه؛ لجواز صرفه مصرف المنقطع؛ إلا أن هذا بعيد من مقصود الواقف، والأظهر من مقصوده ما ذكرنا؛ فعلى هذا يكون عوده إلى بقية الطبقة مستفاداً من معنى كلام الواقف، ويشبه ذلك ما لو وقف على فلان، فإذا انقرض أولاده؛ فعلى المساكين؛ فهل يكون بعد موت فلان لأولاده، ثم بعدهم للمساكين أو يصرف بعد موت فلان مصرف المنقطع حتى تنقرض أولاده، ثم يصرف للمساكين على وجهين مذكورين في «الكافي»[2]، والأول قول القاضي وابن عقيل.

ولنا في المسالة مسلك آخر، وهو أن يقال: الوقف تحبيس للمال في وجوه البر، والموقوف

(١) «المحرر» (١/ ٣٦٩).

(٢) «الكافي» (٢/ ٤٥٨).

عليهم هم المصرف المعين لاستحقاقه؛ فلا يمتنع أن يستحقه كل واحد منهم بانفراده، ويقع التزاحم فيه عند الاجتماع، بخلاف التمليكات المحضة، فإنه يستحيل أن يملك كل واحد من المملكين جميع ما وقع فيه التمليك، وهذا على قولنا: إن الموقوف عليه لا يملك عين الوقف أظهر، ويتعلق بهذا من مسائل التوزيع ما إذا وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده أبداً؛ فهل يقال: لا ينتقل إلى أحد من أولاد أولاده إلا بعد انقراض جميع أولاده، أو ينتقل بعد كل ولد إلى ولده؟

المعروف عند الأصحاب: الأول، وهو الذي ذكره القاضي وأصحابه ومن اتبعهم.

وحكى الشيخ تقي الدين[1] رحمه الله تعالى وجهاً آخر بالثاني، ورجحه فعلى الأول يكون من باب توزيع الجملة على الجملة، وعلى الثاني هو من باب توزيع المفرد على المفرد.

ويشهد لهذا من كلام أحمد ما رواه عنه يوسف بن موسى ومحمد ابن عبد الله المنادي في رجل أوقف ضيعة على أن لعلي بن إسماعيل ربع غلتها ما دام حيّاً، وربع منها لولد عبد الله وولد محمد وولد أحمد بينهم بالسوية، وإن مات علي بن إسماعيل؛ فوزعوا هذين الربعين بين ولده وولد الثلاثة؛ ففعلوا ذلك، ثم إن بعض ولد علي بن إسماعيل مات وترك ولداً؛ كيف نصنع بنصيبه يدفع إلى ولده أو يرد على شركائه؟ ولم يقل الميت: إن مات علي بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده إنما قال: ولد علي ابن إسماعيل.

قال الإمام أحمد: يدفع ما جعل لولد علي بن إسماعيل إلى ولده، فإن مات بعض ولد علي بن إسماعيل دفع إلى ولده أيضاً؛ لأنه قال: بين ولد علي بن إسماعيل، وهذا من ولد علي بن إسماعيل؛ فدل هذا الكلام على أصلين:

أحدهما: أن ولد الولد داخل في مسمى الولد عند الإطلاق.

والثاني: أنه إنما يستحقه ولد الولد بعد موت أبيه ويختص به دون طبقة أبيه المشاركين له، حيث ذكر أن علي بن إسماعيل توفي عن ولد، وأن بعض ولده توفي عن ولد، ونقل إلى هذا

---

(١) «مجموع الفتاوى» (٣١/ ٣٥٦).

الولد نصيب أبيه مع وجود المشاركين للأب من أخوته.

ووجه هذا أنه لما رتب بين علي بن إسماعيل وولده، ولم يجعل لولده شيئاً إلا بعد موته؛ فكذلك ينبغي أن يكون الترتيب بين ولده وولد ولده، وهذا خلاف ما ذكره الأصحاب من الوجهين في كيفية استحقاق ولد الولد إذا قيل بدخوله في مطلق الولد: هل يستحق مع الولد مشركاً أو بعد انقراض الولد؟

كلهم مرتباً ترتيب طبقة على طبقة؛ فإن أحمد جعله مرتباً ترتيب أفراد بين كل ولد ووالده، فيؤخذ من ذلك أن من وقف على أولاده، ثم على أولادهم أبداً: أنه يكون مرتباً بين كل والد وولده دون بقية طبقته وقد يفرق بينهما بأن الوقف ها هنا أولاً كان بين شخص وولده؛ فروعي هذا الترتيب في استحقاق ولده وولد ولده، وليس فيه طبقة بعد طبقة، ولكن سنذكر من كلام أحمد في مسألة التدبير ما يحسن تخريج هذا الوجه منه إن شاء الله تعالى.

ومنها: إذا علق طلاق نسائه أو عتق رقيقه على صفات متعددة، فوجد بعضها من بعض وباقيها من بعض آخر؛ فهل يكفي في وقوع الطلاق والعتاق مع قطع النظر عن الحنث بوجود بعض الصفة؟

فإن للأصحاب في الاكتفاء ببعض الصفة في الطلاق والعتاق طرقاً ثلاثة:

إحداهن: أنه يكتفي بها كما يكتفي بذلك في الحنث في اليمين، وهي طريقة القاضي، واستثنى في «الجامع» من ذلك أن تكون الصفة معاوضة.

والثانية: لا يكتفي بها؛ وإن اكتفينا ببعض المحلوف عليه في الحنث؛ لأن هذا شرط ومشروط وعلة ومعلول؛ فلا يترتب الأثر إلا على تمام المؤثر، وهي طريقة ابن عقيل وصاحب «المغني»[1].

والثالثة: إن كانت الصفة تقتضي حضاً أو منعاً أو تصديقاً أو تكذيباً؛ فهي كاليمين، وإلا؛ فهي علة محضة؛ فلا بد من وجودها بكمالها، وهي طريقة صاحب «المحرر»[2].

---

(١) «المغني» (٧/ ٣٥٤).

(٢) «المحرر» (٢/ ٦٢-٦٣).

والقاضي يفرع على اختياره في هذه المسائل، فقال فيما إذا قال لعبيده: إذا أديتم إلي ألفاً؟ فأنتم أحرار؛ عتق كل واحد منهم بأداء حصته، وكذلك إذا قال لعبيده: إذا دخلتم الدار؛ فأنتم أحرار؛ عتق من دخل منهم؛ لأن وجود الصفة تقوم مقام جميعها؛ فمتى أدى واحد منهم عتق، هكذا ذكره في باب الكتابة.

ورده الشيخ مجد الدين، وقال: هو عندي خطأ يقيناً؛ لأن هذه الصفة لا تشتمل على منع ولا حث. انتهى.

وعندي أنه لو صح الاكتفاء ببعض الصفة ها هنا؛ لم يصح ما قاله القاضي، ولم يتفرع على الاكتفاء ببعض الصفة؛ إذ لو كان التفريع على ذلك لعتقوا كلهم بأداء بعضهم لبعض الألف، وبدخول بعضهم الدار، وهذا خلاف قول القاضي، وإنما يتوجه ما قاله القاضي على أن يكون من باب توزيع المفردات على المفردات؛ فكأنه قال: من دخل منكم الدار؛ فهو حر، ومن أدى إلي حصته من الألف؛ فهو حر، وهذا لا تعلق له بمسألة الاكتفاء ببعض الصفة، وكلام أحمد يدل على اعتبار هذا التوزيع في مثل هذه التعليقات؛ فإنه نص في «رواية مُهَنَّا» في عبد بين رجلين قالا له: إذا متنا فأنت حر، ثم مات أحدهما؛ عتقت حصته فقط، فإذا مات الآخر عتقت حصته. قال أبو بكر: لأنهما كالمعتقين على انفرادهما، وهذا هو المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى.

وتعليل أبي بكر يدل على أنه جعله من باب توزيع المفرد على المفرد، كأنهما قالا: إن مات أحد منا فنصيبه منك حر، وتأول القاضي ذلك على أن العتق حصل بوجود بعض الصفة، ورده الشيخ مجد الدين بأن الصفة إنما يكتفى ببعضها إذا كانت في معنى اليمين يقتضي حضاً أو منعاً، وما لم يكن كذلك؛ كطلوع الشمس وقدوم زيد؛ فلا يكتفى فيه بالبعض، ونقل الإجماع عليه.

وهو مردود من وجه آخر، وهو أنه لو اكتفي ببعض الصفة؛ لعتق العبد كله عليها بموت أحدهما، ولم يكن وجه لعتق نصيب أحدهما، وإنما لم يسر إلى نصيب صاحبه لأحد أمرين؛ إما لأن السراية تمنع بعد الموت كما هو إحدى الروايتين، أو لأن التدبير يمنع السراية وهو أحد الوجهين.

وخرج الشيخ مجد الدين[1] المسألة على روايتين من مسألة تعليق العتق على صفة بعد الموت؛ فإن في صحته روايتين:

إحداهما: يصح هذا التعليق؛ فلا يعتق منه شيء ها هنا حتى يموت الآخر منهما، فيعتق العبد كله حينئذ.

والثانية: لا يصح هذا التعليق؛ فلا يعتق به شيء من العبد ها هنا؛ لأن كلاً منهما علق عتقه على موته وموت شريكه، ولا يوجد إلا بعد موته، ولكن ها هنا قد يمكن اجتماع موتهما في آن واحد؛ فلا يتوجّه إبطال التعليق من أصله، بخلاف قوله: إن دخلت الدار بعد موتي؛ فأنت حر.

-ومن هذه المسائل: لو قال لزوجتيه: إن دخلتما هاتين الدارين أو كلمتما زيداً وعَمراً؛ فأنتما طالقتان، فكلمت إحداهما زيداً والأخرى عمراً، أو دخلت كل واحدة منهما داراً، وقلنا: لا يكتفى ببعض الصفة؛ فهل تطلقان أم لا؟

فيه وجهان ذكرهما أبو الخطاب ومن بعده من الأصحاب، وجعل أبو الخطاب المذهب الوقوع، وإنما ذكر الأخرى تخريجاً، ومذهب الحنفية والمالكية الوقوع، وهو أحد وجهي الشافعية مع قولهم وقول الحنفية: إن بعض الصفة لا يكفي في الحنث؛ فعلم بذلك أن هذا ليس مفرعاً على الاكتفاء ببعض الصفة.

ويتخرج من مسألة التدبير السابقة أن يطلق ها هنا كل واحدة بدخول الدار عقب دخولها، ولا يتوقف طلاقها على دخول الأخرى؛ لأن معنى كلامه: من دخلت منكما داراً من هاتين الدارين؛ فهي طالق.

ويتخرج من هذا القول ها هنا فيما إذا قال لهما: إن حضتما فأنتما طالقتان وجه: إن كل واحدة تطلق بحيض نفسها وإن لا يشترط ثبوت حيض كل واحدة منهما بالنسبة إليهما، بل يكفي ثبوت حيضها في حقها بإقرارها، وكذلك في قوله: إن شئتما فأنتما طالقتان، فشاءت

(١) «المحرر» (٢/ ٦).

إحداهما، أو إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان، ثم حلف بطلاق إحداهما: أنها تطلق.

ومن العجب أن القاضي لم يفرع شيئاً من هذه المسائل على اختياره في الاكتفاء بوجود بعض الصفة مطلقاً، سواء اقتضت حثّاً أو منعاً أو كانت تعليقاً محضاً، ومقتضى قوله: إن تطلقا ها هنا معاً بوجود حيض إحداهما، ومشيئة إحداهما، والحلف بطلاق إحداهما في هذه المسائل.

ومنها: إذا قال لزوجاته الأرجح: أوقعت بينكن أو عليكن ثلاث تطليقات؛ فهل تقسم كل طلقة على الأرجح أرباعاً ثم يكمل فيقع بهن الثلاث جميعاً، أو توزع الثلاث على الأربع فيلحق كل واحدة ثلاثة أرباع طلقة ثم تكمل فتطلق كل واحدة منهن طلقة؟

على روايتين، والأولى اختيار أبي بكر والقاضي، والثانية اختيار أبي الخطاب وصاحب «المغني»[1]؛ قال: لأن القسمة بالأجزاء إنما تكون في المختلفات؛ كالدور ونحوها، فأما الجمل المتساوية من جنس؛ كالنقود؛ فإنها تقسم برؤوسها، ويكمل نصيب كل واحد، كأربعة لهم درهمان صحيحان، يقسم لكل واحد نصف من درهم واحد؛ فكذلك الطلقات، ويمكن الأولين الجواب عن هذا بأن هذه القسمة لا تمنع الاشتراك في الاستحقاق من كل جزء، ولهذا قيل في قسمة الأموال المشتركة: إنها بيع، ومتى ثبت استحقاق كل واحد من الشركاء لجزء من كل عين قبل القسمة توجه وقوع الطلاق الثلاث هنا بكل واحدة، كما لو مات زوج المرأة وخلف إخوتها أرقاء مع عبيد أخر؛ فإنه يعتق عليها من كل أخ لها بنسبة نصيبها من الميراث، وإن كان نصيبها لا يستوعب قيمة الجميع، ولو قال: أنتن طوالق ثلاثاً؛ طلق كلهن ثلاثاً ثلاثاً، نص عليه في «رواية ابن منصور»، ولم يذكر القاضي فيه خلافاً؛ لأنه أضاف الثلاث إلى الجميع، وفي الصورتين الأولتين أرسل الثلاث بينهن أو عليهن، ويتوجه تخريج الخلاف فيها أيضاً؛ لأن إضافة الثلاث إليهن لا ينافي أن يوزع الثلاث على مجموعهن، لا على كل واحدة منهن.

ومما يدخل في هذا الباب قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَـٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَـٰكِينِ﴾ [التوبة:٦٠] الآية؛ فهل المراد توزيع مجموع الصدقات على مجموع الأصناف، أو كل فرد من

---

(١) «المغني» (٧/ ٣٧٨).

أفراد الصدقات على مجموع الأصناف؟

وينبني على ذلك مسألة وجوب استيعاب الأصناف بكل صدقة، وفي ذلك روايتان، أشرهما أنه غير واجب.

وهل يجب على الإمام إذا اجتمعت عنده الصدقات أن يعم الأصناف منها أم لا؟

قال ابن عقيل: يجب ذلك؛ لتحصل التوفية باستيعاب الأصناف بمجموع الصدقات كما دلت عليه الآية. وقال القاضي: يستحب ذلك، ولا يجب لأن حق بقية الأصناف يسقط بإعطاء الملاك لهم، وأيضاً؛ فليس في الآية إيجاب الاستيعاب بصدقات كل عام؛ فيجوز تعويضهم في عام آخر.

ومما يدخل فيه أيضاً قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة:٣] الآية؛ هل اقتضت مقابلة مجموع المظاهرين بمجموع نسائهم وتوزيع كل مظاهر على زوجته، أو مقابلة كل فرد من المظاهرينَ بمجموع نسائه المظاهر منهن؟

قرر أبو الخطاب وغيره من أصحابنا الثاني، واستدل به على أن المظاهرة من جميع الزوجات بكلمة واحدة لا يوجب سوى كفارة واحدة، وكذلك قال في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ﴾ [النساء:٢٣] إلى آخرها: إن المراد حرمت على كل واحد بناته وأخواته وعماته وخالاته، فأما الأمهات؛ فجعلها من مقابلة الأفراد بالأفراد، قال: لأنه لما لم يتصور أن يكون للواحد أمان؛ علم أنه أراد الواحد في مقابلة الواحد، وأما ما احتمل الجمع في مقابلة الواحد؛ فإنه يحمل عليه، والأظهر -والله أعلم- أن الكل مما قوبل فيه الواحد بالواحد والجملة بالجملة، وأن المعنى: حرمت على كل واحد أمه وبنته وأخته؛ إذ لو أريد مقابلة الواحد بالجمع؛ لحرم على كل واحد أمهات الجميع وبناتهم، وهو باطل قطعاً.

القاعدة الرابعة عشر بعد المئة

إطلاق الشركة؛ هل يتنزل على المناصفة، أم هو مبهم يفتقر إلى تفسير؟

فيه وجهان ذكرهما صاحب «التلخيص» في البيع، والذي ذكره الأصحاب في الإقرار أنه مبهم، وكذلك صرح به ابن عقيل في «نظرياته» مختاراً له، وقال القاضي في «المجرد» في البيع وفي «خلافه» أيضاً: ينزل على المناصفة، وهل يقال باستحقاق الشريك من كل جزء جزءً أو بالتشاطر؟

يحتمل وجهين، وكلام الأصحاب يدل على التشاطر، ويتفرع على هذا مسائل:

منها: لو قال لمشتري سلعة: أشركني في هذه السلعة؛ فهل يصح وينزل على المناصفة، أم لا للجهالة؟

على وجهين ذكرهما في «التلخيص» والمجزوم به في «المجرد» الصحة تنزيلاً على المناصفة.

ومنها: لو قال: هذا العبد شركة بيني وبين فلان، أو هو شريكي فيه؛ فوجهان، المجزوم به في الإقرار: الإبهام، ويرجع في تفسيره إليه، وهو اختيار ابن عقيل، وقال القاضي في «خلافه»: هو بينهما نصفين.

ومنها: لو أوقع طلاقاً ثلاثاً بامرأة له، ثم قال لأخرى: أشركتك معها، فإن قلنا بالمناصفة؛ اقتضى وقوع اثنتين، وإن قلنا بالإبهام؛ لم يقع أكثر من واحدة لأنها اليقين؛ إلا أن يفسره بأكثر من ذلك، ويحتمل أن يقع ثلاثاً بناءً على أن الشركة تقتضي الاستحقاق من كل جزء، وقد يقال هذا إنما يمكن في التمليكات دون الطلاق، فإن حقيقة الاشتراك في طلاق الأولى لا يمكن؛ فحمل على استحقاق نظيره، أما لو تعدد الشركاء؛ فهل يقال: يستحق الشريك مثل نصف ما لهم، أو مثل واحد منهم؟

على وجهين ذكرهما القاضي في البيع، وبنى عليهما: لو اشترى اثنان شيئاً، ثم أشركا ثالثاً فيه؛ فهل له نصفه أو ثلثه؟

على وجهين.

وخرج صاحب «الترغيب» والشيخ مجد الدين في «المسودة» الوجهين فيما إذا قال لثلاث نسوة: أوقعت بينكن طلقة، ثم قال لرابعة: أشركتك معهن؛ هل يقع بها طلقة واحدة أو طلقتين؟

على الوجهين.

القاعدة الخامسة عشر بعد المئة

الحقوق المشتركة بين اثنين فصاعدا نوعان:

أحدهما: ما يقع استحقاق كل واحد بانفراده بجميع الحق ويتزاحمون فيه عند الاجتماع.

والثاني: ما يستحق كل واحد من الحق بحصته خاصة.

وللأول أمثلة كثيرة:

منها: الشفعاء المجتمعون كل منهم يستحق الشفعة بكمالها، فإذا عفى أحدهم عن حقه؛ توفر على الباقين.

ومنها: غرماء المفلس الذي لا يفي ماله بدين كل واحد على انفراده، وهم كالشفعاء.

ومنها: الأولياء المتساوون في النكاح.

ومنها: العصبات المجتمعون في الميراث، ويتفرع على ذلك لو اجتمع ابنان نصف كل واحد منهما حر؛ فهل يستحقان المال كله أم لا؟

على وجهين:

أحدهما: يستحقان جميع المال، رجحه القاضي والسامري وطائفة من الأصحاب، وله مأخذان:

أحدهما: جمع الحرية فيهما؛ فيكمل بها حرية ابن، وهو مأخذ أبي الخطاب وغيره.

والثاني: إن حق كل واحد منهما مع كمال حريته في جميع المال لا في نصفه، وإنما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له، وحينئذ؛ فقد أخذ كل واحد منهما نصف المال هنا، وهو نصف حقه مع كمال حريته؛ فلم يأخذ زيادة على قدر ما فيه من الحرية.

والوجه الثاني: لا يستحقان المال كله؛ لئلا تستوي حال حريتهما الكاملة والمبعضة، وهل يستحقان نصفه تنزيلاً لهما حالين أو ثلاثة أرباعه تنزيلاً لهما ثلاثة أحوال؟

على وجهين، ولو كان ابن نصفه حر مع أم؛ فعلى هذا المأخذ الثاني في الوجه الأول يتوجه أن يأخذ نصف المال كله، وهو أحد الوجوه للأصحاب، ورجحه الشيخ تقي الدين، وذكر أنه اختيار أبيه، وقيل: يأخذ نصف الباقي بعد ربع الأم، وهو اختيار أبي بكر والقاضي في «خلافه»، وقيل: يأخذ نصف ما كان يأخذه حال كمال الحرية، وهو هنا ربع وسدس، وهو الذي ذكره إبراهيم الحربي في «كتاب الفرائض»[1]، واختاره القاضي في «المجرد» وابن عقيل وصاحب «المحرر»؛ لأن القدر الذي حجب عنه الأم يستحقه كله، وإنما يتنصف عليه ما عداه.

ومنها: ذوو الفروض المجتمعون المزدحمون في فرض واحد كالزوجات والجدات، ويتفرع على هذا إذا اجتمعت جدتان أم أم وأم أب مع ابنها الأب، وقلنا: إنه يحجبها؛ فهل تستحق أم الأم السدس كله أو نصفه؟

على وجهين:

أصحهما: أنها تستحق السدس كله لزوال المزاحمة مع قيام الاستحقاق لجميعه.

والثاني: تستحق نصفه، وله مأخذان:

أحدهما: أن أم الأب تحجبها عن السدس إلى نصفه، ولا أثر لكونها محجوبة كما يحجب ولد الأم الأم مع انحجابهم بالأب، وفيه نظر؛ فإن حجب الجد للجدة إنما هو بطريق المزاحمة، ولا مزاحمة هنا، وحجب الأخوة للأم ليس بالمزاحمة؛ فإنهم لا يشاركونها في فرضها، وإنما وجودهم مقتض لتنقيص فرضها.

والثاني: أن أم الأب لها مع أم الأم نصف السدس، فلما حجب الأب أمه؛ توفر ذلك عليه لا على الأخرى، ورد بأن ولد الأم يحجبون الأم عن السدس، ثم لا يأخذونه، بل يتوفر على الأب، وقد يجاب عنه بأن ولد الأم لما كانوا محجوبين بالأب توفر ما حجبوا عنه الأم على من حجبهم، وهو الأب كذلك هنا.

---

(١) كتاب الفرائض لإبراهيم الحربي (ت٢٨٥هـ).

ومنها: الوصايا المزدحمة في عين أو مقدار من المال، فإن حق كل واحد منهم في مجموع وصيته، وإنما يأخذ دون ذلك للمزاحمة، فإذا رد بعضهم توفر على الباقين، وإن أجاز الورثة بعض الوصايا دون بعض؛ فهل يعطى المجاز له القدر الذي كان يأخذه في حال الإجازة للكل، أو يكمل له الجزء المسمى في الوصية كله إن أمكن لقيام استحقاقه له وقد أمكن وصوله إليه بزوال المزاحمة بالرد على غيره؟

فيه وجهان، صحح صاحب «المحرر»[1] الثاني، ومن رجح الأول قال: القدر المزاحم به كان حقاً للمزاحم، فإذا رده الورثة عليه توفر عليهم لا على الوصية الأخرى ويشهد للأول ما ذكره الخرقي وابن حامد والقاضي والأصحاب فيمن وصى لرجل بعبد قيمته ثلث ماله، ولآخر بثلث ماله، فإن أجاز الورثة؛ فللموصى له بالعبد ربعه لمزاحمة الآخر له فيه، ولصاحب الثلث ربع العبد وثلث باقي المال، وإن ردوا قسم الثلث بينهما نصفين؛ فيأخذ صاحب وصية العبد بقدر سدس المال كله من العبد، ويأخذ الآخر سدس العبد وسدس باقي المال لزوال المزاحمة بالرد؛ فأمكن وصول كل منهما إلى نصف ما سمى له كاملاً؛ فلا ينقص منه.

وخرج صاحب «المحرر»[2] وجهاً آخر من الوجه الثاني في المسألة التي قبلها: إنه يقسم الثلث بينهما على حسب ما كانا يقتسمان وصيتيهما حال الإجازة؛ فيفضل نصيب صاحب الثلث على نصيب صاحب العبد، وهو اختيار صاحب «المغني»[3] تسوية بينهما في الرد والإجازة.

وفي تخريج هذا من المسألة التي قبلها نظر؛ لأن الورثة هناك قد يكون مقصودهم بالرد على أحدهما توفير ما كان يأخذه بالمزاحمة عليهم، كما لو أجازوا لصاحب الوصية بالكل وردوا على الموصى له بالثلث؛ فلو أعطينا صاحب الكل ما ردوه على صاحب الثلث؛ لم يبق في ردهم فائدة لهم، وهنا لا يخرج عنهم سوى الثلث؛ فينبغي أن تقسمه الوصيتان على قدرهما عملاً بمراد الموصي من التسوية، حيث أمكن ولا ضرر على الورثة في ذلك.

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٧٦-٣٧٧).
(٢) «المحرر» (١/ ٣٨٩).
(٣) «المغني» (٦/ ١٢٩-١٣٠).

ومنها: استحقاق الغانمين من الغنيمة متى رد أحدهم توفر على الباقين، وسواء قلنا ملكوه بالاستيلاء أو لم يملكوه.

ومنها: الموقوف عليهم؛ إذا رد بعضهم توفر على الباقين؛ كما لو مات بعضهم، وقد سبقت.

ومنها: حد القذف الموروث لجماعة يستحق كل واحد بانفراده، فلو أسقطه بعضهم؛ فللباقين استيفاؤه.

وأما النوع الثاني؛ فله أمثلة:

منها: عقود التمليكات المضافة إلى عدد؛ فيملك كل واحد منهم بحصته لاستحالة أن يكون كل واحد منهم مالكاً لجميع العين، ثم ها هنا حالتان:

إحداهما: أن يكون التمليك بعوض؛ مثل أن يبيع من رجلين عبداً أو عبدين بثمن، فيقع الشراء بينهما نصفين، ويلزم كل واحد نصف الثمن، وإن كان لاثنين عبدان مفردان، لكل واحد عبد، فباعاهما من رجلين صفقة واحدة، لكل واحد عبداً معيناً بثمن واحد؛ ففي صحة البيع وجهان، أصحهما - وهو المنصوص -: الصحة، وعليه؛ فيقتسمان الثمن على قدر قيمتي العبدين.

وذكر القاضي وابن عقيل وجهاً آخر: أنهما يقتسمانه على عدد رؤوس المبيع نصفين تخريجاً من أحد الوجهين فيما إذا تزوج أربعاً في عقد بمهر واحد أو خالعهن بعوض واحد: أنه يكون بينهن أرباعاً، وهو ها هنا بعيد جدّاً؛ لأن البضع ليس بمال محض؛ فكيف تُسَوَّى به الأموال المبتغى بها الأرباح والتكسب؟!

وخرجاه أيضاً في الكتابة وهو أقرب من البيع؛ إذ الكتابة فيها معنى العتق.

الحالة الثانية: أن يكون بغير عوض، مثل أن يهب لجماعة شيئاً أو يملكهم إياه عن زكاة أو كفارة مشاعاً في الكفارة؛ فقياس كلام الأصحاب في التمليك بعوض أنهم يتساوون في ملكه.

وحكى صاحب «المغني» فيما إذا وضع طعاماً في الكفارة بين يدي عشرة مساكين، فقال: هو

بينكم بالسوية، فقبلوه ثلاثة أوجه:

أحدها -وهو الذي جزم به أولاً-: إنه يجزئه؛ لأنه ملكهم التصرف فيه والانتفاع به قبل القسمة، كما لو دفع دين غرمائه بينهم.

والثاني -وحكاه عن ابن حامد-: يجزئه، وإن لم يقل بالسوية؛ لأن قوله (خذوها عن كفارتي) يقتضي التسوية؛ لأن ذلك حكمها.

والثالث -وحكاه عن القاضي-: إنه إن علم أنه وصل إلى كل واحد قدر حقه أجزأ، وإلا؛ لم يجزئ، هذا ما ذكره.

وأصل ذلك ما قاله القاضي في «المجرد»: إذا أفرد ستين مدّاً وقال لستين مسكيناً: خذوها فأخذوها، أو قال: كلوها. ولم يقل بالسوية، أو قال: قد ملكتكموها بالسوية فأخذوها؛ فقال شيخنا أبو عبد الله: يجزئه؛ لأن قوله خذوها عن كفارتي يقتضي التسوية؛ لأن حكم الكفارة أن يكون بينهم بالسوية، فإن عرف أنها وصلت إليهم بالسوية؛ أجزأه، وإن علم التفاضل، فمن حصل معه الفضل؛ فقد أخذ زيادة، ومن أخذ أقل؛ كان عليه أن يكمله، وإن لم يعلم كيف وصل إليهم؛ لم يجزئه، وعليه استئنافها؛ لأنه لم يعلم قدر ما وصل إلى كل واحد منهم بعينه. انتهى.

فحكى الكلُّ عن ابن حامد وصاحبُ «المغني»[1] جعلَ الإجزاء مطلقاً قول ابن حامد واعتبار الوصول قول القاضي. وليس كذلك، وكذلك استشكل الشيخ مجد الدين ما وقع في «المجرد» وقال: لعله وقع غلط في النسخة، وليس كذلك أيضاً؛ فإني نقلت ما ذكرته من أصل القاضي بخطه، ثم قال: وعندي أنا إن قلنا: ملكوها بالتخلية، وإنها قبض؛ أجزأته بكل حال. قال: ولعل هذا اختيار ابن حامد، وهذا بعيد جدّاً، بل اختيار ابن حامد عكسه، وإن الهبة والصدقة لا تملك بدون قبض، وقد قدمنا ذلك عنه في مسائل القبوض، وأن القبض في المنقول بالنقل؛ فيتوجه على هذا أنه لا بد من تحقق قبض كل واحد لمقدار ما يجزئ دفعه إليه؛ لأنه لم يملكه بدونه، ولا عبرة بالإيجاب لهم بالسوية، وما حكاه القاضي عن ابن حامد يشعر بأن إطلاق قوله خذوا هذا أو هو لكم لا يحمل على التسوية؛ فإنه إنما علل بأن التسوية حكم الكفارة، وهذا مخالف لما قرروه في عقود المعاوضات.

---

(١) «المغني» (٨/ ٢٦).

وأما ما حكاه في «المغني» من طرد الخلاف فيما لو قال: هو بينكم بالسوية، أو اقتصر على قوله: هو بينكم؛ فليس ذلك في كلام القاضي، ويتخرج ذلك على أصل، وهو أن إطلاق البينة هل يقتضي التساوي أم لا؟

وفي المسألة وجهان:

احدهما: إنه يقتضيه، وهو الذي ذكره الأصحاب في المضاربة إذا قال: خذ هذا المال فاتجر به والربح بيننا؛ أنهما يتساويان فيه.

وصرح القاضي وابن عقيل والأصحاب في مسألة المضاربة بأن إطلاق الإقرار بشيء أنه بينه وبين زيد يتنزل على المناصفة أيضاً.

وكذلك صرحوا به في الوصايا، إذا قال: وصيت لفلان وفلان بمئة بينهما أن لكل واحد خمسين، ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن قال: بين فلان وفلان مئة درهم، وأحدهما ميت ليس للحي إلا خمسون درهماً، وكذا لو قال: لفلان وفلان مئة درهم، وأحدهما ميت، وأنكر قول سفيان بالتفرقة بينهما، وهذا تصريح بأن إطلاق الوصية لفلان وفلان يتنزل على التساوي، كما لو قال بينهما.

والوجه الثاني: إن إطلاق البينة لا يقتضي التساوي، وبه جزم القاضي في «خلافه» وابن عقيل في «عمده» في مسألة الإقرار في كتاب البيع، وكذلك ذكره أبو الخطاب في «الإقرار» وصاحبا «المغني» و «المحرر»[1].

ومنها: القصاص المستحق لجماعة بقتل موروثهم يستحق كل واحد منهم بالحصة؛ فمن عفى منهم سقط حقه، وسقط الباقي؛ لأنه لا يتبعض، وها هنا صور مختلف فيها؛ هل تلحق بالنوع الأول أو الثاني؛ كالغرامات الواجبة على جماعة بسبب واحد؛ كالمشتركين في قتل آدمي، أو صيد محترم، أو في الوطء في الحج، أو الصيام؛ هل يتعدد عليهم الديات والجزاء والكفارة؟

وكذلك عقود التوثقات؛ كالرهن والضمان والكفالة، وقد سبق ذكرها.

(١) «المغني» (٦/ ١٤٢-١٤٣)، و«المحرر» (١/ ٣٨٤).

القاعدة السادسة عشر بعد المئة

من استند تملكه إلى سبب مستقر لا يمكن إبطاله، وتأخر حصول الملك عنه؛ فهل تنعطف أحكام ملكه إلى أول وقت انعقاد السبب وتثبت أحكامه من حينئذ، أم لا يثبت إلا من حين ثبوت الملك؟

فيه خلاف، وللمسألة أمثلة كثيرة:

منها: ملك الشفيع إذا أخذ بالشفعة، وثم نخل مؤبر؛ كان وقت البيع غير مؤبر، وفيه وجهان سبق ذكرهما.

ومنها: ملك الموصى له إذا قبل بعد الموت؛ فهل يثبت له الملك من حين الموت أم لا؟

وفيه خلاف معروف.

ومنها: إذا تملك المالك للأرض زرع الغاصب بنفقته بعد بدو صلاحه؛ فهل تجب زكاته عليه أم على الغاصب؟

على وجهين، وقد سبق في بيع الثمر قبل بدو صلاحها بشرط القطع نحو ذلك.

ومنها: الفسخ بالعيب والخيار؛ فإنه يستند إلى مقارن للعقد؛ فهل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه؟

وفيه خلاف معروف.

ومنها: دية المقتول؛ هل تحدث على ملك الوارث لأنها تجب بعد الموت، أو على ملك الموروث لأنها سببها وجد في حياته؟

على روايتين معروفتين، وحكى ابن الزاغوني في «الإقناع» الروايتين في القصاص أيضاً؛ هل هو واجب للورثة ابتداءً أو موروث عن الميت؟

ومنها: إذا انعقد سبب الملك أو الضمان في الحياة، وتحقق بعد الموت؛ كمن نصب شبكة، فوقع فيها صيد بعد موته، أو عثر بها إنسان، وفيه خلاف سبق ذكره.

ومنها: إذا كاتب عبداً، ثم مات ولم يؤدِ إليه شيئاً، فأدى إلى ورثته وعتق؛ فهل الولاء للسيد الذي كاتبه لانعقاد سببه في ملكه، أو للورثة المؤدى إليهم لتحقق السبب في ملكهم؟

على روايتين، والمذهب أن الولاء للسيد الأول.

ومنها: إذا كاتب المكاتب عبداً، فأدى إليه وعتق قبل أدائه، أو أعتقه بمال، وقلنا له ذلك؛ ففي ولائه وجهان:

أحدهما: إنه للسيد الأول، وهو محكي عن أبي بكر؛ لثبوت الولاء على هذا العتيق في حال ليس مولاه من أهل الميراث، فاستقر لمولى المولي.

والثاني: هو موقوف، فإن أدى المكاتب الأول وعتق؛ فالولاء له لانعقاده له قبل عتقه، وهو قول القاضي في «المجرد»، ورجح في «الخلاف» قول أبي بكر حتى حكى عنه أنه لو عتق المكاتب الأول قبل الثاني؛ فالولاء للسيد لانعقاد سبب الولاء له، حيث كان المكاتب ليس أهلاً له.

وكلام أبي بكر إنما يدل على استقرار الولاء للسيد إذا وقعت الكتابة أو العتق المنجز بإذنه، وأما ما وقع بغير إذنه؛ فالعتق عنده موقوف على أداء المكاتب الأول؛ فينبغي أن يكون الولاء له كولاء ذوي رحمه الذين اشتراهم في حال الكتابة.

وأما العبد القن إذا أعتق بإذن سيده بما ملَّكَه، وقلنا: يملكه؛ فحكى صاحب «المغني» عن طلحة العاقولي[1] من أصحابنا أنه موقوف فإنه عتق؛ فالولاء له، وإن مات قنّاً؛ فهو للسيد.

وفي «المجرد» للقاضي: إن الولاء للسيد مطلقاً؛ ونص أحمد في «رواية ابن منصور» في عبد أذن له سيده أن يبتاع عبداً وعتقه: أن ولاءه للسيد، وقال: إذا أذنوا له؛ فكأنهم هم المعتقون، وهذا يدل على الفرق بين عتق المكاتب بإذن سيده وعتقه بدونه كما سبق، ويحتمل أن يكون مخرجاً على قوله: إن العبد لا يملك، وإنه أعتقه بإذن سيده بطريق الوكالة، ثم ليس في نصه أن العبد عتق بعد ذلك، وإنما فيه أن سيده باعه.

---

(١) هو طلحة بن أحمد بن طلحة الحنبلي (ت:٥١٢هـ).

ويشبه هذه المسائل إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة، وأسلمن معه، واختار منهن أربعاً؛ انفسخ نكاح البواقي، وهل يبتدئ العدة من حين الاختيار لأن نكاحهن إنما انفسخ به، أو من حين الإسلام لأنه السبب؟

على وجهين، فأما تصرف الفضولي إذا قلنا: يقف على الإجازة؛ فإجازة من عقد له؛ فهل يقع الملك فيه من حين العقد حين يكون النماء له، أم من حين الإجازة؟

على وجهين:

أحدهما: من حين الملك، وبه قطع القاضي في «الجامع» وصاحب «المغني»[1] في مسألة نكاح الفضولي.

والثاني: من حين الإجازة، وبه جزم صاحب «النهاية»، ولكن السبب هنا غير مستقر؛ لإمكان إبطاله بالرد ويشهد للوجه الثاني أن القاضي صرح بأن حكم الحاكم المختلف فيه إنما يفيد صحة المحكوم به وانعقاده من حين الحكم وقبل الحكم كان باطلاً.

ويلتحق بهذه القاعدة العبادات التي يكتفى بحصول بعض شرائطها في أثناء وقتها إذا وجد الشرط في أثنائها؛ فهل يحكم لها بحكم ما اجتمعت شرائطه من ابتدائها أم لا؟

فيه خلاف أيضاً، وينبني عليه مسائل:

منها: إذا نوى الصائم المتطوع الصوم من أثناء النهار؛ فهل يحكم له بحكم الصيام من أوله، أو من حين النية؟

على وجهين، والثاني ظاهر كلام أحمد.

ومنها: إذا بلغ الصبي أو عتق العبد وهما محرمان قبل فوات وقت الوقوف؛ فهل يجزئهما عن حجة الإسلام؟

على روايتين، أشهرهما الإجزاء، فقيل: لأن إحرامهما انعقد مراعى؛ لأنه قابل للنقل والانقلاب، وقيل: بل بقدر ما مضى منه؛ كالمعدوم، ويكتفى بالموجود منه، وقيل: إن قلنا: الإحرام شرط محض؛ كالطهارة للصلاة؛ اكتفى بالموجود منه، وإن قيل: هو ركن؛ لم يكتف به.

---

(١) «المغني» (٥/ ٥٧-٥٨) (٧/ ١٢١).

القاعدة السابعة عشر بعد المئة

كل عقد معلق يختلف باختلاف حالين إذا وجد تعليقه في أحدهما ووقوعه في الآخر؛ فهل يغلب عليه جانب التعليق أو جانب الوقوع؟

في المسألة قولان؛ إلا أن يفضي اعتبار أحدهما إلى ما هو ممتنع شرعاً؛ فيلغى، ويتفرع على ذلك مسائل:

منها: الوصية لمن هو في الظاهر وارث؛ فيصير عند الموت غير وارث أو بالعكس، والمذهب أن الاعتبار بحال الموت، ولم يحك الأكثرون فيه خلافاً؛ فإن الوصية للوارث لا يمكن أن تلزم، والوصية للأجنبي بالثلث فما دون لا يكن أن تقف على الإجارة، ومنهم من حكى خلافاً ضعيفاً في الاعتبار بحال الوصية كما حكى أبو بكر وأبو الخطاب رواية: إن الوصية في حال الصحة من رأس المال، ولا يصح عن أحمد، وإنما أراد به العطية المنجزة، كذلك قال القاضي وغيره.

ومنها: إذا علق عتق عبده في صحته بشرط، فوجد في مرضه؛ فهل يعتق من الثلث أو من رأس المال؟

على وجهين، وحكى القاضي في «خلافه» روايتين، واختيار أبي بكر وابن أبي موسى: إنه يعتق من الثلث، وهذا إذا لم تكن الصفة واقعة باختيار المعلق، فإن كانت من فعله؛ فهو من الثلث بغير خلاف، وقد نص عليه أحمد في «رواية صالح»[1]: إذا قال لامرأته: أنت كذا وكذا إن لم أخرج إلى البصرة. وقال: لم تكن لي نية في تعجيل ذلك؛ فلا تطلق حتى يكون في وقت لا يقدر أن يخرج. وكذلك لو قال: غلامه حر إن لم يفعل كذا وكذا، فلم يكن له نية؛ فلا يعتق حتى يكون في وقت لا يقدر أن يفعل الذي قال، فإذ طلقت ورثته واعتدت، وإذا عتق؛ كان من ثلثه، وهكذا حكم ما إذا أعتق حمل أمته في صحته ثم وضعته في مرضه، وقلنا: لا يعتق الحمل إلا بعد الوضع.

ومنها: إذا علق طلاق امرأته في صحته على صفة، فوجدت في مرضه ولم يكن من فعله؛ فهل ترث أم لا؟

---

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (٣٨٤).

على روايتين، والمنصوص أنها ترثه في «رواية صالح»[1] و«مُهَنَّا»، والأخرى مخرجة من مسألة قذفها في الصحة وملاعنتها في المرض.

ومنها: إذا أوصى إلى فاسق، فصار عدلاً عند الموت؛ فهل تصح الوصية بناءً على قولنا: لا تصح إلى الفاسق؟ على وجهين.

ومنها: لو أوصى لزيد بدار، ثم انهدم بعض بنائها قبل الموت؛ فهل تدخل تلك الأنقاض في الوصية؟

على وجهين، وكذلك الوجهان لو زاد فيها بناءً، لم يكن حال الوصية، ذكر ذلك أبو الخطاب[2].

ومنها: لو قال العبد: متى ملكت عبداً فهو حر، وقلنا: يصح هذا التعليق من الحر؛ كما هو المشهور من المذهب، ثم عتق ثم ملك عبداً؛ فهل يعتق؟

على وجهين، ولو وصى المكاتب بشي، ثم عتق قبيل موته؛ فهل تصح وصيته؟

خرجها الشيخ مجد الدين على وجهين.

ومنها: لو قال العبد لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، ثم عتق، ثم دخلت الدار؛ فهل تطلق ثلاثاً أو اثنتين؛ حيث لم يكن مالكاً حال التعليق لأكثر منها؟

على وجهين.

ومنها: لو علق طلاق امرأته قبل الدخول على قدوم زيد مثلاً، ثم دخل بها، ثم قدم زيد وهي حائض؛ فإنه يقع الطلاق بدعياً لا بمعنى الإثم به، بل بمعنى أمره بالمراجعة فيه، ولو كان قد علق طلاقاً أو غيره على طلاق البدعة ترتب عليه ولم يحك الأصحاب فيه خلافاً، ولو قال: إن قمت فأنت طالق، فقامت وهي حائض؛ فهل يكون بدعيّاً؟

قال في «الانتصار»: مباح. وفي «الترغيب»: بدعي؛ لقصدها لزوم رجعتها بقيامها، بخلاف قدوم زيد؛ لعدم قصدها فيه.

---

(١) مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح (٢/ ٢٣٥).

(٢) «كتاب الهداية» (١/ ٢٢٣).

القاعدة الثامنة عشر بعد المئة

تعليق فسخ العقد وإبطاله بوجوده.

إن كان فيه مقصود معتبر شرعاً؛ صح، وإلا؛ لم يصح؛ إذ لو صح لصار العقد غير مقصود في نفسه، هذا مقتضى قواعد المذهب، ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: إذا علق الطلاق بالنكاح؛ فالمذهب المنصوص أنه لا يصح؛ لأن النكاح لا يقصد للطلاق عقيب العقد.

واختلفت الرواية عنه فيمن حلف لزوجته أن لا يتزوج عليها بتعليق طلاق من يتزوجها عليها بنكاحها، هل يصح أم لا؟

على روايتين؛ لأن هذا فيه حق للزوجة، فيصير مقصوداً، كما لو شرط أن لا يتزوج عليها؛ فمن الأصحاب من خص الخلاف بهذه الصورة، ولم يخرج، ومنهم من خرج في الكل روايتين، هذا كله إذا لم تكن حالة التعليق في نكاحه؛ فإن كانت في نكاحه حينئذ، وعلق طلاقها على نكاح آخر يوجد؛ فنص أحمد في «رواية ابن منصور» وغيره على أنه يصح هذا التعليق، وحكاه القاضي في «المجرد» عن أبي بكر، ورجحه ابن عقيل؛ لأن التعليق هنا في نكاح، ومن أصلنا أن الصفة المطلقة تتناول جميع الأنكحة بإطلاقها وتعود الصفة فيها؛ فكيف إذا قيدت بنكاح معين، ولو علقه في ملك يمينه لأمته على نكاحها بعد عتقها؛ فنص أحمد في «رواية ابن هانئ»[1] على أنه يصح معللاً بأن ملك اليمين كالنكاح في استباحته الوطء؛ فلا يكون التعليق فيه كتعليق نكاح الأجنبية.

وكذلك نص فيمن أعتق أَمَتَهُ، ثم قال لها متصلاً بعتقها: إن نكحتك فأنت طالق: **أنه يصح**؛ لأنه في هذه الحال يملك عقد النكاح عليها قهراً، فلم ينقطع آثار الملك فيه بالكلية؛ فلذلك انعقدت فيه الصفة.

---

(١) مسائل أحمد لابن هانئ (١/ ٢٣٦).

ومنها: تعليق العتق بالملك، والمذهب المنصوص صحته؛ لأن الملك يراد للعتق ويكون مقصوداً كما في شراء ذي الرحم وغيره، والخلال وصاحبه لا يثبتان في المذهب في ذلك خلافاً، وابن حامد والقاضي يحكيان روايتين.

ومنها: تعليق النذر بالملك، مثل: إن رزقني الله مالاً؛ فلله علي أن أتصدق به أو بشيء منه؛ فيصح، ونقل الشيخ تقي الدين عليه الاتفاق، وقد دل على ذلك قوله تعالى: ﴿۞ وَمِنْهُم مَّنْ عَـٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ﴾ [التوبة:٧٥] الآيات.

ومنها: تعليق فسخ الوكالة على وجودها، وتعليق الوكالة على فسخها؛ كالوكالة الدورية، وقد ذكر صاحب «التلخيص» أن قياس المذهب صحة ذلك بناءً على أن الوكالة قابلة للتعليق عندنا وكذلك فسخها، وقال الشيخ تقي الدين[1]: لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى أن تصير العقود الجائزة لازمة، وذلك تغيير لقاعدة الشرع، وليس مقصود المعلق إيقاع الفسخ، وإنما قصده الامتناع من التوكيل وحله قبل وقوعه والعقود لا تفسخ قبل انعقادها.

ومنها: تعليق فسخ البيع بالإقالة على وجود البيع أو تعليق فسخ النكاح بالعيب على وجود النكاح، وقد صرح الأصحاب ببطلان ذلك؛ منهم القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب؛ معللين بأنه رفع للعقد قبل عقده، ومنهم من يعلل بأن الفسوخ لا تقبل التعليق، وقد صرح كثير منهم؛ كالقاضي وأبي الخطاب وابن عقيل وصاحب «المغني» بهذا المأخذ، وهو مخالف لما نص عليه أحمد في مسألة: إن جئتني بالثمن إلى كذا وكذا، وإلا؛ فلا بيع بيننا: أنه يصح ويكون تعليقاً للفسخ على شرط، وقد صرح القاضي بجوازه في البيع، خاصة في خلافه، ومن المتأخرين من صرح به في فسخ الإجارة أيضاً.

ومنها: تعليق فسخ التدبير بوجوده، وصرح القاضي في «المجرد» بامتناعه فيما إذا قال لأمته المدبرة: كلما ولدت ولداً؛ فقد رجعت في تدبيره؛ فقال: لا يكون رجوعاً؛ لأن الرجوع إنما يصح في تدبير موجود، وهذا بعد ما خلق؛ فكيف يكون رجوعاً؟ كما لو قال لعبده: متى دبرتك؛ فقد رجعت لم يصح. هذا لفظه.

---

(١) «الاختيارات» (٣٢٩).

القاعدة التاسعة عشر بعد المئة

إذا وجدنا لفظاً عاماً قد خص بعض أفراده بحكم موافق للأول أو مخالف له؛ فهل يقضى بخروج الخاص من العام وانفراده بحكمه المختص به، أو يُقضى بدخوله فيه؛ فيتعارضان مع اختلاف الحكم، ويتعدد سبب الاستحقاق مع اتفاقه؟

هذا على قسمين:

أحدهما: أن يكون الخاص والعام في كلام واحد متصل؛ فالمذهب أنه يفرد الخاص بحكمه ولا يقضى بدخوله في العام، وسواء إن كان ذلك الحكم مما يمكن الرجوع عنه كالوصايا، أو لا يمكن كالإقرار، ويتفرع على ذلك مسائل:

منها: لو قال هذه الدار لزيد، ولي منها هذا البيت؛ قبل، ولم يدخل البيت في الإقرار، صرح به الأصحاب، ويجيء على اختيار ابن عقيل في مسألة كان له علي وقضيته أنه لا يقبل منه في القضاء أن لا يقبل ها هنا إفراد البيت؛لأن مأخذه أن المعطوف بالواو جملة مستقلة غير مرتبطة بما قبلها؛ فهي دعوى مستقلة؛ كما قالوا في قوله: أنت طالق وعليك ألف: إنها تطلق بغير عوض، بخلاف الاستثناء والصفات؛ فإنها مع ما قبلها شيء واحد، والصحيح الأول، وأن المعطوف بالواو مع المعطوف عليه في حكم الجملة الواحدة، وهو المنصوص عن أحمد، وأما أنت طالق وعليك ألف؛ ففيها روايتان، ومأخذ الوقوع بغير عوض غير ما ذكروه.

ومنها: لو وصى لزيد بشيء وللمساكين بشيء، وهو مسكين؛ فإنه لا يستحق مع المساكين من نصيبهم شيئاً، نص عليه أحمد في «رواية ابن هانئ»[1] و «علي بن سعيد»، ونقل القاضي فيما قرأته بخطه الاتفاق على أن زيداً لا يستحق من وصية المساكين في مثل هذه الصورة؛ وإن كان مسكيناً، مع أن ابن عقيل في «فنونه» حكى عنه أنه خرج وجهاً آخر بمشاركتهم إذا كان مسكيناً.

ومنها: لو وصى لزيد بخاتم وبفضة لآخر، أو وصى لرجل بعبد وبمنافعه لآخر، أو لأحدهما بالدار ولآخر بسكناها ونحو ذلك بلفظ لا يقتضي انفراد كل واحد بما وصى له به صريحاً؛ فقال

---

(١) مسائل أحمد لابن هانئ (٢/ ٤٨).

أبو بكر في «الشافي»: لكل واحد منهما ما وصى له به لا يشاركه الآخر فيه، وحمله الشيخ مجد الدين على أنه كان في كلام واحد متصل، وأخذه من مسألة الإقرار السابقة، والمنصوص عن أحمد ها هنا التوقف.

قال مُهَنَّا: سألتُ أبا عبد الله عن رجل أوصى بعبد لرجل، ثم أوصى به لآخر؛ قال: هذه مشكلة. فقلت: له: فإن ناساً يقولون: يكون العبد بينهم نصفين. قال: لا. فقلت له: فإن أوصى بدار لرجل وأوصى بغلتها لآخر؟ فقال: هذه مثل تلك. فقلت لأبي عبد الله رحمه الله: إنه أوصى بخاتمه لرجل وأوصى بالفص لآخر. فقال: وهذه أيضاً مثل تلك، ولم يخبرني فيهم بشيء، فتوقف في المسألة، وأنكر قول من قال بالاشتراك في العبد إذا أوصى به لاثنين، وجعل حكم الوصية بالدار وغلتها والخاتم وفصه حكم الوصية بعبد لاثنين؛ فدل على أنه لا اشتراك في الفص والغلة.

وظاهر كلامه أنه يكون للموصى له به بخصوصه، لكن هذا قد يكون مأخذه أن الوصية الثانية رجوع عن الأولى، كما أشعر به كلامه في العبد والمشهور في المذهب أن الوصية بعين مرة لرجل ومرة لغيره لا يكون رجوعاً، بل يشتركان فيها؛ كما نص عليه أحمد في الوصية المنسوبة؛ كالثلث ونحوه.

ومنها: لو وصى بثلثه لرجل، ووصى لآخر بمُقَدَّرٍ منه، قال أحمد في «رواية الحسن بن ثواب» في رجل قال: ثلثي هذا لفلان، ويعطى فلان منه مئة درهم في كل شهر إلى أن يموت؛ قال: هو للآخر منهما. قيل: كيف؟ قال: لأن الوصية رجعت إلى الذي قال: ويعطى هذا منه كل شهر، وإذا مات هذا، ففضل شيء؛ يرد إلى صاحب الثلث.

ظاهر هذه الرواية يدل على تقديم الوصية بالمقدر على الوصية بالجزء المنسوب؛ لأنهما كالخاصة والعامة، وكتب القاضي بخطه على حاشية «الجامع» للخلال؛ ظاهر كلام أحمد أن الوصية الثانية تقتضي الرجوع عن الأولى؛ لأن الثانية تستغرق جميع المال؛ إذ العمر ليس له حد معروف. قال: وقد قيل: لا يكون رجوعاً، ويقسم الثلث على أربعة: للموصى له بالثلث سهم، وثلاثة للآخر، كما لو وصى لرجل بماله ولآخر بثلثه. انتهى.

وكلا الوجهين المذكورين فيهما ضعف؛ لأن أحمد رد الفاضل عن النفقة إلى الأول، وهذا يبطل أنه رجوع، ولأن الوصية للثاني إنما هي من الثلث؛ فكيف تكون وصية بالمال كله؟!

فيتعين حملها على ما قدمناه أولاً.

فأما المسألة التي ذكرها الخرقي في «كتابه»[1] وهي إذا أوصى لرجل بمعين من ماله؛ كعبد، ولآخر بجزء مشاع منه؛ كالثلث؛ أن الوصيتين يزدحمان في المعين مع الإجازة، كما لو وصى به لاثنين، وتبعه على ذلك ابن حامد والقاضي والأصحاب؛ فهذا قد يحمل على ما إذا كانت الوصيتان في وقتين مختلفين، ولا إشكال على هذا، وإن حمل على إطلاقه وهو الذي اقتضاه كلام الأكثرين؛ فهو وجه آخر، ونصوص أحمد وأصوله تخالفه؛ كنصه في «رواية مُهَنَّا» في الوصية بالعبد لاثنين، ونصه على أن من وصى لزيد بشيء ولجيرانه بشيء وزيد من جيرانه: أنه لا يستحق من الوصية للجيران شيئاً، وقد ذكر ابن حامد أن الأصحاب استشكلوا مسألة الخرقي، وأنكروها عليه، ونسبوه إلى التفرد بها.

القسم الثاني: أن يكون الخاص والعام في كلامين منفردين؛ فها هنا حالتان:

إحداهما: أن يكون المتكلم بهما لا يمكنه الرجوع عن كلامه، ولا يقبل منه؛ كالأقارير والشهادات والعقود؛ فيقع التعارض في الشهادات ولا يكون الإقرار الثاني ولا العقد الثاني رجوعاً عن الأول، هكذا ذكره غير واحد من المتأخرين، مع أن كلام أحمد وأبي بكر عبد العزيز في أن الخاص لا يدخل في العام ليس فيه تفصيل بين الكلام الواحد وغيره؛ فقد يقال: إن الخاص لا يدخل في العام مطلقاً، ويكون تخصيصه بالذكر قرينة مخرجة له من العموم ما لم يعارض ذلك قرينة تقتضي دخوله فيه، وعلى تقدير دخوله فيه بقرينة أو مطلقاً، فإذا تعارضت دلالة العام ودلالة الخاص في شيء واحد؛ فهل ترجح دلالة الخاص، أم يتساويان؟

ذكر ابن عقيل في «الواضح» أنهما يتساويان، وذكر أبو الخطاب في «التمهيد» أنه يقدم دلالة الخاص، وهذا هو الذي ذكره القاضي وابن عقيل أيضاً والأصحاب كلهم في مسألة تخصيص القرآن بخبر الواحد.

---

(1) «المغني» (6/ 129).

وفي مسألة تقديم الخاص على العام عند التعارض، وإن علم تقدم الخاص حتى قال أبو الخطاب وغيره: لا يجوز أن ينسخ العام الخاص؛ لأنه ليس بمساوٍ له.

والحالة الثانية: أن يكون الرجوع ممكناً؛ كالوصية، وعزل الإمام لمن يمكنه عزله وولايته؛ فهذا يشبه تعارض العام والخاص في كلام الشارع في الأحكام، وفي ذلك ثلاث روايات:

أشهرها: تقديم الخاص مطلقاً وتخصيص العموم به، سواء جهل التاريخ أو علم.

والثانية: إن جُهِل التاريخ؛ فكذلك، وإلا؛ قُدِّمَ المتأخرُ منهما.

والثالثة: إنْ عُلم التاريخ؛ عُمِل بالمتأخر، وإن جهل؛ تعارضا.

ويتصل بهذه القاعدة قاعدتان:

إحداهما: إذا اجتمع في شخص استحقاق بجهة خاصة؛ كوصية معينة وميراث، واستحقاق بجهة عامة؛ كالفقر والمسكنة؛ فإنه لا يأخذ إلا بالجهة الخاصة، نص عليه، ويتفرع على ذلك مسائل:

منها: إذا وصى لزيد بشيء ووصى لجيرانه بشيء، وهو من الجيران؛ فإنه لا يعطى من نصيب الجيران.

ومنها: إذا وصى لزيد بشيء وللفقراء بشيء وزيد فقير؛ فإنه لا يعطى من نصيب الفقراء شيئاً، نص أحمد على الصورتين.

وخرج القاضي فيما نقله ابن عقيل عنه في «فنونه» الاستحقاق بجهة الفقر والجوار، كما يستحق عامل الزكاة الأخذ بجهة الفقر مع العمالة.

ومنها: لو وصى لأقاربه بشيء، ووصى أن يكفر عنه أيمان؛ فلا يعطى من الكفارة من أخذ من الوصية من الأقارب، نص عليه في «رواية صالح»[1].

---

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (١/ ٢٥٧).

ومنها: لو وصى للفقراء وورثته فقراء؛ لم يَجُزْ لهم الأخذ من الوصية، نص عليه في «رواية حرب». وقال: الوارث لا يضرب في المال مرتين، إذا كان وارثاً؛ لم يأخذ من الوصية شيئاً.

ونقل نحوه أبو الصقر والفضل بن زياد، وكذلك نص على أن الوارث لا يحج عن الميت، ويأخذ الوصية، وحمله القاضي على منعه من أخذ الزائد عن نفقة المثل، فأما نفقة المثل؛ فتجوز لأنها معاوضة.

القاعدة الثانية: إذا اجتمعت صفات في عين؛ فهل يتعدد الاستحقاق بها كالأعيان المتعددة؟

المشهور في المذهب أنها كالأعيان في تعدد الاستحقاق، ويندرج تحت ذلك صور:

منها: الأخذ من الزكاة بالفقر والغرم والغزو ونحوها.

ومنها: الأخذ من الخمس بأوصاف متعددة.

ومنها: الأخذ من الصدقات المنذورة والفيء والوقوف.

ومنها: المواريث بأسباب متعددة؛ كالزوج إذا كان ابن عم وابن العم إذا كان أخاً لأم بالاتفاق، وكذلك الجدات المدليات بقرابتين والأرحام والمجوس ونحوهم ممن يدلي بنسبين؛ فإنهم يرثون بالجميع على الصحيح من المذهب.

ومنها: في تعليق الطلاق، كما لو قال: إن كلمت رجلاً فأنت طالق، وإن كلمت فقيهاً فأنت طالق، وإن كلمت أسود فأنت طالق؛ فكلمت رجلاً فقيهاً أسود؛ طلقت ثلاثاً.

وكذا لو قال: إن ولدت ولداً فأنت طالق، وإن ولدت أنثى فأنت طالق، فولدت أنثى؛ طلقت طلقتين.

وقال الشيخ تقي الدين[1]: لا تطلق إلا طلقة واحدة في المسائل كلها مع الإطلاق؛ لأن الأظهر في مراد الحالف أنت طالق، سواء ولدت ذكراً أو أنثى، وسواء كلمت رجلاً أو فقيهاً أو

(١) الاختيارات (٢٦٥).

أسود؛ فينزل الإطلاق عليه لاشتهاره في العرف؛ إلا أن ينوي خلافه.

ونص الإمام أحمد في «رواية ابن منصور» فيمن قال لامرأته: أنت طالق طلقة إن ولدت ذكراً، وطلقتين إن ولدت أنثى، فولدت ذكراً وأنثى: إنه على ما نوى، إنما أراد ولادة واحدة.

وأنكر قول سفيان: إنه يقع عليها؛ فالأول ما علق به، وتبين بالثاني ولا تطلق به. وقول سفيان هو الذي عليه أصحابنا أبو بكر وأبو حفص والقاضي وأصحابه، وكذلك ابن حامد وزاد أنها تطلق بالثاني أيضاً، والمنصوص أصح؛ لأن الحالف إنما حلف على حمل واحد وولادة واحدة، والغالب أنها لا تكون إلا ولداً واحداً، لكنه لما كان ذكراً مرة وأنثى أخرى نوع التعليق عليه، فإذا ولدت هذا الحمل ذكراً وأنثى؛ لم يقع به المعلق بالذكر والأنثى جميعاً، بل المعلق بأحدهما فقط؛ لأنه لم يقصد إلا إيقاع أحد الطلاقين، وإنما ردده لتردده في كون المولود ذكراً أو أنثى، وينبغي أن يقع أكثر الطلاقين إذا كان القصد تطليقها بهذا الوضع، سواء كان ذكراً أو أنثى، لكنه أوقع بولادة أحدهما أكثر من الآخر فيقع به أكثر المعلقين.

تنبيه:

إذا كانت الجهة واحدة لم يتعدد الاستحقاق بتعدد الأوصاف المدلية إليها؛ كالوصية لقرابته إذا أدلى شخص بقرابتين والآخر بقرابة واحدة، ذكره القاضي في «خلافه» في الوصية للأخوة: أنه يستوي الأخوة للأبوين والأخوة للأب والأخوة للأم؛ لأن الكل مشتركون في جهة الأخوة؛ فلا عبرة بتعدد الجهات الموصلة إليها.

القاعدة العشرون بعد المئة

يرجح ذو القرابتين على ذي القرابة الواحدة، وإن لم تكن إحداهما لها مدخل في الاستحقاق.

في مسائل:

منها: في الأخ للأبوين على الأخ للأب في الميراث بالولاء رواية واحدة، وخرج ابن الزاغوني في كتابه «التخليص» في الفرائض رواية أخرى بالاشتراك من مسألة النكاح.

ومنها: تقديم الأخ للأبوين على الأخ للأب في ولاية النكاح في إحدى الروايتين، اختارها أبو بكر ورجحه صاحب «المغني»[(١)].

ومنها: تقديمه عليه في حمل العاقلة، وفيه الروايتان.

ومنها: تقدميه عليه في الصلاة على الجنازة، وفيه الروايتان أيضاً.

ومنها: في الوقف المقدم فيه بالقرب، وكذلك الوصية؛ فيترجح الأخ للأبوين على الأخ للأب، صرَّح به القاضي والأصحاب في الوصية، وعللوا بأن الانفراد بالقرابة كالتقدم بدرجة، وخالف الشيخ تقي الدين[(٢)] في الوقف وقال: لا يرجح فيه بالقرابة الأجنبية عن استحقاق الوقف.

---

(١) «المغني» (٧/ ١٢).

(٢) مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٣).

القاعدة الحادية والعشرون بعد المئة[1]

---

(١) قال السعدي: (العرف والعادة يرجع إليه في كل حكم حكم الشارع به ولم يحده، وهذا أصل واسع موجود منتشر في المعاملات والحقوق وغيرها. وبيان ذلك: أن جميع الأحكام يحتاج كل واحدٍ منها إلى أمرين:

أحدهما: معرفةُ حدّه وتفسيره.

الثاني: بعد هذا يحكم عليها بأحد الأحكام الخمسة. فإذا وجدنا الشارع قد حكم عليها بإيجاب، أو استحباب، أو منع، أو إباحة. فإن كان قد حدّها وفسّرها، كالصلاة، والزكاة والصيام، والحج ونحوها، رجعنا إلى ما حدّه الشارع كما رجعنا إلى ما حكم به. وأما إذا حكم عليها الشارع ولم يحدها، رجعنا الى ما حده الشارع كما رجعنا إلى الحكم به. وأما إذا حكم عليها الشارع ولم يحدها، فإنه حكم على العباد بما يعرفونه ويعتادونه. وقد يصرح لهم بالرجوع إلى ذلك كما في قوله: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:١٩]، وقد يدخل في ذلك المعروف شرعاً والمعروف عقلاً مثل قوله: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ [الأعراف:١٩٩]، ويدخل في هذا الأصل مسائل كثيرة جداً.

منها: أن الله أمر بالإحسان إلى الوالدين، والأقارب، والجيران، واليتامى، والمساكين، وكذلك أمر بالإحسان إلى جميع الخلق. فكل ما شمله الإحسان مما يتعارف الناس أنه إحسان فهو داخل في هذه الأوامر الشرعية؛ لأن الله أطلق ذلك، والإحسان ضد للإساءة، وضدٌّ أيضاً لعدم الإحسان ولو لم يكن إساءة) ا.هـ

قال **ابن عثيمين**: (لذلك أمر الله تعالى بصلة الأرحام، فكيف الصلة؟ نقول: إن الله تعالى لم يبين كيفيتها فيرجع في ذلك إلى العرف والعادة، لا نقول -مثلاً-: لابد أن تصل الأرحام بأن تذهب إليهم كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر، لا. **نقول**: ما جرى العرف بأنه صلة فهو صلة، وما جرى العرف بأنه ليس بصلة فهو ليس بصلة. كذلك الإحسان يختلف، ربما تتصدق على فقير بدرهم هذا إحساناً، وتهب شخصاً غنياً كبيراً ذا جاه درهماً يعتبر إساءة. فأنت الآن ترى هذا الفعل وهو واحد في النوع تجده مرة إساءة ومرة إحساناً فالمرجع في هذه الأمور إلى العرف) ا.هـ

وقال السعدي: (وفي الحديث الصحيح: «كل معروف صدقة»، ومن لك أن الشارع اشترط الرضى في جميع عقود المعاوضات والتبرعات بين الطرفين، ولم يشترط للرضى لفظاً معيناً. فأي لفظ وأي فعل دل على العقد والتراضي حصل به المقصود. فالعقود كلها تنعقد بما دل عليها من قول أو فعل. ولكنّ أهل العلم استثنوا منها بعض مسائل اشترطوا اللفظ لعقدها أو حلها لخطرها مثل النّكاح. قالوا: لابدّ فيه من الإيجاب القبول اللفظي. وكذلك الطلاق لا يقع إلا بلفظٍ أو كتابة) ا.هـ

وقال **ابن عثيمين**: (العقود تنعقد بما دل عليه من قول أو فعل. القول: إيجاب وقبول. بعتك، فيقول: قبلت، الفعل: ما يسميه العلماء بالمعاطاة في البيع. المعاطاة: أن يبذل الثمن ويأخذ المُثمَن. فإذا قدرنا مثلاً أن صاحب الفرن الخباز وضع سعراً معيناً على كل كيس فيه خبز فوضعت القيمة وأخذت الكيس. هل في ذلك إيجاب وقبول؟ ليس فيه إيجاب وقبول لفظي، هذا انعقد بما دل عليه، كذلك لو فرض أن شخصاً غسالاً الذي يسميه الفقهاء قصاراً يغسل الثياب للناس فجاء إنسان ووضع ثوب في دكانه فغسله هذا انعقدت الإجارة، بإيجاب وقبول أو بمعاطاة. وأمثال هذا كثير فكل العقود من تبرعات ومعاوضات وتوثيقات وائتمانات كلها تنعقد بما دل عليه من قول أو فعل. وقول الشيخ رحمه الله: «اشترطوا لعقدها أو حلها لخطرها مثل النكاح». لم يذكر الشيخ انه لابد للنكاح أن يكون بلفظ

=

التزويج، وعلى هذا فيصح أن يعقد له النكاح باللفظ وإن لم يكن بلفظ التزويج، كما لو قال: ملكتك بنتي، فقال: قبلت. أو قال: باللغة العامية: جوزتك بنتي. فقال: قبلت. واختلف العلماء فيما لو قال: وهبتك بنتي، هل يصح أو لا؟ والصحيح أنه لا يصح؛ لأن الهبة خاصة بالنبي ﷺ) ا.هـ

وقال السعدي: (ومن الفروع: أن كل عقد اشترط له القبض أن القبض راجع إلى العرف. وكذلك الحرْز يرجع فيه إلى العرف ويختلف باختلاف الأموال) ا.هـ

قال **ابن عثيمين:** (يعني حرز الأموال يختلف فحرز البطيخ ونحوه بأن يجعله الإنسان في حظيرة أو يجعل عليه ثوباً. وحرز النقود من الذهب والفضة وغيرها من الصناديق والأوراق الوثيقة. حرز الغنم والماشية في الحظار وما أشبه ذلك. فهو يختلف باختلاف الأموال) ا.هـ

وقال **ابن عثيمين:** (من هو الأمين؟ الأمين كل ما حصل المال بيده بإذن من الشارع أو إذن من المالك هذا الأمين، فالوكيل حصل المال بيده بإذن من المالك، وولي اليتيم حصل المال بيده بإذن من الشارع. كل أمين لا يضمن ما تلف عنده إلا بتعد ما يجب. كمن أعطي الأمانة للحفظ فاحتاج وتصرف فيها فهذا متعد. ومن أعطي أمانة ووضعها على الرف في حوش البيت وتصرف فيها فهذا متعد. ومن أعطي أمانة ووضعها على الرف في حوش البيت وهي من الذهب والفضة فهو مفرط) ا.هـ

وقال السعدي: (ومن ذلك: أن من وجد لقطة لزمه أن يعرفها حولاً كاملاً بحسب العرف. فإن لم يجد صاحبها بعد تعريفها ملكها) ا.هـ

وقال **ابن عثيمين:** (يعني بحسب العرف، ما نقول: عرفها كل يوم ولا كل أسبوع ولا كل شهر. يرجع في ذلك إلى العرف.

ومن المعلوم أنه في أول ما تجدها لابد أن تتابع التعريف لأن ضياعها من مالكها حي. أما إذا طالت المدة مثل انقضت سنة فيكفي أن تعرفها في الشهر مرة مثلاً، وقول المؤلف رحمه الله: «أن من وجد لقطة» لابد فيها من قيد «من لقطة يجب تعريفها» احترازاً من اللقطة التي لا يجب تعريفها لعدم اهتمام الناس بها، ولهذا لما رأى النبي ﷺ تمرة في السوق قال: لولا أني أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها. فالشيء الذي لا يهتم به الناس لا يلزم تعريفه. لو لقي الإنسان قلماً يساوي نصف ريال هل يجب أن يعرفه؟ لا، لماذا؟ الناس لا يهتمون به. لكن لو وجد قلماً يساوي مائة ريال، لزمه تعريفه لأن الناس يهتمون به) ا.هـ

وقال السعدي: (ومن فروعها: أن الأوقاف يرجع في مصارفها إلى شروط الواقفين التي لا تخالف الشرع. فإن جهل شرط الموقف رجع في ذلك إلى العادة والعرف الخاص، ثم إلى العرف العام في صرفها في مصارفها. ومن ذلك الحكم باليد والمجاراة لمن كان بيده عين يتصرف فيها مدة طويلة تصرف الملاك بأنها له؛ عملاً بالعرف إلا ببينة تشهد بخلاف ذلك) ا.هـ

وقال **ابن عثيمين:** (وهذه مسألة مهمة إذا كان هذا الملك بيد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك بأملاكه بتأجير واستغلال وغير ذلك ثم جاء إنسان يقول: هذا لي. وكان يشاهد بتصرف في هذا الملك، فإن دعواه هذه لا تقبل؛ لأن انتقال الملك أسبابه كثيرة، ويحتمل أن هذه الوثيقة نُسيت عند انتقال الملك ووجدت بعد ذلك فلا يمكن أن تنزع أملاك الناس بمثل هذا. ولو أننا نزعنا أملاك الناس بمثل هذا لحصل في هذا ضرر كثير على الناس) ا.هـ

وقال السعدي: (ومن فروعها: الرجوع إلى المعروف في نفقة الزوجات والأقارب، والمماليك، والأجراء ونحوهم، =

في تخصيص العموم بالعرف.

ولها صورتان:

بل صرح الله في حق الزوجات الرجوع إلى العرف بما هو أعم من النفقة، وهو المعاشرة، فقال: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:١٩] فشمل هذا جميع ما يكون بين الزوجين من المعاشرة القولية والفعلية، وأن على كل منهما الرجوع فيها إلى المعروف) ا.هـ

وقال **ابن عثيمين**: (ولكن ما هو المعروف هل المعتبر حال الزوج في الإنفاق أو المعتبر حال الزوجة أو حالهما جميعا، فقيل: المعتبر حال الزوج، إن كان غنيا فعليه نفقة غني وإن كان فقيرا لم يلزمه إلا نفقة فقير وهذا القول هو الصحيح وهو ما في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ﴾ [الطلاق:٧]، وقيل: المعتبر حال الزوجة، وقيل: المعتبر حالهما، ويظهر أثر هذا الخلاف في النكاح. فإذا كان الزوج غنيا والزوجة من أناس فقراء فعلى القول الذي رجحنا يلزمه نفقة غني، وعلى القول بأن المعتبر حالهما: يؤخذ بالمتوسط. فيقال: يلزمه نفقة متوسط. ولكن القرآن قد دل على أن الواجب على الزوج أن ينفق بحسب حاله فإذا كان معسرا وهي غنية فليس لها الحق أن تطالبه بنفقة غني، لأنه لا يستطيع، وقد قال الله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ﴾ [الطلاق:٧] أما الأقارب فالعبرة بحاجة المنفق عليه، فيعطيه ما يحتاج ولا يلزمه أن يعطيه نفقة غني إذا كان غنيا) ا.هـ

وقال السعدي: (ومن فروعها: رجوع المستحاضة إلى عادتها، ثم إلى العادة الغالبة ستة أيام أو سبعة) ا.هـ

وقال **ابن عثيمين**: (أسقط المؤلف رحمه الله مرتبة ثانية بين المرتبتين وهي التمييز؛ لأن التمييز ليس رجوعا إلى العادة، بل إلى علامة في الحيض وهذا وجه إسقاطها من الكتاب، وإلا فالمستحاضة ترجع إلى عادتها إن كان لها عادة، ثم إلى التمييز إن يكن لها عادة بأن أصابتها الاستحاضة من أول ما بدأ بها الحيض واستمر بها الدم فترجع إلى التمييز.

فإن لم يكن لها عادة ولا تمييز رجعت إلى غالب عادات النساء ستة أيام أو سبعة. ومن ذلك: إذا كان من عادة الإنسان أنه إذا أقسم استثنى يعني قال: أقسمت إن شاء الله، فإنه إذا شك هل استثنى أو لا فلدينا أمران: أصل و عادة، فلماذا نقدم؟ نقدم العادة، فنقول: الأصل أنك استثنيت كما هي عادتك وإن كان الأصل عدم الاستثناء، لكن لما كان يعتاد الاستثناء حملنا هذا المشكوك فيه على العادة كما رد النبي ﷺ المستحاضة إلى عادتها (متفق عليه)) ا.هـ

وقال السعدي: (ومن ذلك: العيرب، والغبن، والتدليس يرجع في ذلك إلى المعروف بين الناس، مما عده الناس غبنا، أو عيبا، أو تدليسا، أو غشا علق به الحكم

من ذلك: الرجوع إلى قيمة المثل في المتقومات، والمتلفات، والضمانات، وغيرها، والرجوع إلى مهر المثل لمن وجب لها مهر لم يسلم أو سمي تسمية فاسدة. وكذلك الرجوع إلى أجرة المثل في الإجارات التي لم تسم فيها الأجرة، أو سميت تسمية غير صحيحة. وفروع هذا الأصل لا تحصى) ا.هـ

وقال **ابن عثيمين**: (قوله: «إلى قيمة المثل في المتقومات» مراده به قيمة مثل الشيء الذي تلف، وأما إذا كان التالف مثليا فيرجع فيه إلى مثله لا إلى قيمته، قوله: «الرجوع إلى أجرة المثل في الإجارات التي لم تسم فيها الأجرة» هذا إذا كان الأخير قد نصب نفسه لذلك كالغسال والبناء وما أشبه ذلك، فله أجرة المثل، وأما إذا كان متبرعا فلا أجرة له) ا.هـ

إحداهما: أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام في بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية؛ فهذا يخص به العموم بغير خلاف، فلو حلف لا يأكل شواء اختصت يمينه باللحم المشوي دون البيض وغيره مما يشوى، وكذلك لو حلف على لفظ الدابة والسقف والسراج والوتد لا يتناول إلا ما يسمى في العرف كذلك دون الآدمي والسماء والشمس والجبل؛ فإن هذه التسمية فيها هُجِرَت حتى عادت مجازاً.

الصورة الثانية: أن لا يكون كذلك، وهو نوعان:

أحدهما: ما لا يطلق عليه الاسم العام إلا مقيداً به، ولا يفرد بحال؛ فهذا لا يدخل في العموم بغير خلاف نعلمه؛ كخيار شنبر وتمر هندي لا يدخلان في مطلق التمر والخيار، ذكره القاضي في «خلافه»، ونظيره ماء الورد لا يدخل في مسمى الماء المطلق.

والنوع الثاني: ما يطلق عليه الاسم العام، لكن الأكثر أن لا يذكر معه إلا بقيد أو قرينة، ولا يكاد يفهم عند الإطلاق دخوله فيه؛ ففيه وجهان، ويتفرع عليهما مسائل[1]:

---

(١) **ابن عثيمين**: (إذا تكلم الإنسان بلفظ عام، لكن العرف يخصصه؛ فهل نعتبر العموم، أو نعتبر العرف؟
فإذا اعتبرنا العموم؛ أخذنا بعموم اللفظ، وإذا اعتبرنا العرف؛ أخذنا بخصوص اللفظ، وقسم المؤلف هذه المسألة قسمين:
الأول: أن يكون الأصل مهجوراً، ولا يكاد يراد به العموم، إلا إذا نواه الإنسان أو لفظ به؛ فهنا نرجع إلى العرف؛ لأن الأصل مهجور هجراً كاملاً، ومثاله: حلف ألا يأكل الشّواء -والشواء في العرف هو اللحم المشويّ، ولا تعرف كلمة شواء في العرف إلا اللحم المشوي -، فلو أنك شويت خبزاً أو ذرة أو غيرها من غير اللحم؛ فهنا العموم يخصص بالعرف، فإذا قال: والله لا آكل شواءً، ثم شوى سنبلة من الحب وأكله؛ فإنه لا يحنث لأن العرف اطرد في أن المراد بالشواء اللحم المشوي، وكذلك لو حلف على لفظ الدابة والسقف والسراج والوتد لا يتناول إلا ما يكون في العرف، كذلك دون الآدمي بالنسبة للدابة، ودون السماء بالنسبة للسقف، ودون الشمس بالنسبة للسراج، ودون الجبل بالنسبة للوتد، فلو قال: والله لا أستضيء بضوء سراج، ثم جلس تحت الشمس؛ فإنه لا يحنث لأن العرف قد هجر استعمال السراج في الشمس، ولو قال: والله؛ لا أسقي دابة ماءً، فجاءه إنسان فأسقاه ماءً؛ فإنه لا يحنث لأن الإنسان في العرف ليس دابة، وهكذا؛ فالحاصل: إن تخصيص العموم بالعرف إذا كان هذا العموم مهجوراً فالتخصيص ثابت بلا خلاف بين العلماء.
والصورة الثانية: أن لا يكون مهجوراً، ولكن الغالب ألاّ يذكر إلا مقيداً، وإن لم يكن مهجوراً بالكلية؛ فهذا أيضاً لا يكون العموم شاملاً له بغير خلاف نعلمه، كذا قال المؤلف، فلو قال قائل: والله؛ لا آكل تمراً؛ فهل يدخل فيه التمر الهندي؟
لا يدخل؛ لأنه في الغالب لا يذكر إلا مقيداً، والنوع الثاني من هذه الصورة ما يطلق عليه الاسم العام، لكن الأكثر ألاّ يذكر معه إلا بقيد أو قرينة) اهـ

منها: لو حلف لا يأكل الرؤوس؛ فقال القاضي: يحنث بأكل كل ما يسمى رأساً من رؤوس الطيور والسمك، ونقله في موضع عن أحمد، وقال في موضع: العرف يعتبر في تعميم الخاص لا في تخصيص العام، وقال أبو الخطاب: لا يحنث إلا برأس يؤكل في العادة مفرداً، وكذلك ذكر القاضي في موضع من «خلافه»: إن يمينه تختص بما يسمى رأساً عرفاً، وحكى ابن الزاغوني في «الإقناع» روايتين:

إحداهما: يحنث بأكل كل رأس.

والثانية: لا يحنث إلا بأكل رؤوس بهيمة الأنعام خاصة، وعزى الأولى إلى الخرقي[1]، وفي «الترغيب» ذكر الوجه الثاني: إنه لا يحنث إلا بأكل رأس يباع مفرداً للأكل عادة، قال: فإن جرت عادة قوم بإفراد رؤوس الظباء حنث به في ذلك المكان.

وفي غيره وجهان، مأخذهما: هل الاعتبار بأصل العادة أو عادة الحالف؟ انتهى[2].

ومنها: لو حلف لا يأكل البيض؛ فهو على الوجهين أيضاً؛ فيحنث عند القاضي بأكل بيض السمك وغيره، ولا يحنث عند أبي الخطاب إلا بأكل بيض يزايل بايضه في حياته، وزعم صاحب «الكافي» أن التخصيص هنا إنما جاء من إضافة الأكل إلى الرؤوس والبيض، حيث كانت العادة تخص بعض أنواعهما، وظاهر كلامه أنه لو علق حكماً سوى الأكل؛ لعم بغير خلاف، وفيه نظر[3].

ومنها: لو حلف: لا يأكل اللحم، فأكل لحم السمك؛ ففيه وجهان أيضاً، وقال أحمد في «رواية صالح»: هو على نيته، قال القاضي: معناه إن نوى لحماً بعينه؛ لم يحنث بأكل غيره مع الإطلاق، وهو قول الخرقي[4]، وقال ابن أبي موسى: لا يحنث مع الإطلاق، وإنما يحنث

---

(١) «المغني» (١٠/ ٥٦).

(٢) **ابن عثيمين:** (والصواب أن المعتبر عادة الحالف؛ لأن الإنسان لا يحمل عادة قوم لا يعرفهم عندنا مثلاً الرؤوس رؤوس الغنم) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (العرف على أن البيض هو بيض الدجاج فقط، فلو قال قائل: أفطرنا عند فلان وأكلنا طبق بيض؛ لم ينصرف العرف إلا إلى بيض الدجاج) ا.هـ

(٤) «المغني» (١٠/ ٥٦).

بإدخاله بالنية، ولعله ظاهر كلام أحمد[١].

ومنها: لو حلف لا يدخل بيتاً؛ فدخل مسجداً أو حماماً؛ فالمنصوص في «رواية مُهَنَّا» أنه يحنث، وأنه لا يرجع في ذلك إلى نيته، واستدل بأن المسجد والحمام يسمى بيتاً في الكتاب والسنة، وهذا يخالف نصه في «رواية صالح»[٢] في لحم السمك؛ فيخرج[٣] له في المسألتين روايتان.

وخرج الأصحاب في هذا وجهاً بعدم الحنث، وخرجه صاحب «المحرر»[٤] من نصه الآتي فيمن حلف بصدقة ماله أنه يختص بما يسمى عنده مالاً، وكذا الخلاف لو حلف لا يركب فركب سفينة.

ومنها: لو حلف: لا يشم الريحان، فقال القاضي: تختص يمينه بالفارسي؛ لأنه المسمى بالريحان عرفاً، وقال أبو الخطاب وغيره: يحنث بكل نبت له رائحة طيبة لأنه ريحان حقيقة، وهذا يعاكس قولهما في مسألة الرؤوس والبيض.

ومنها: لو حلف: لا يأكل لحم بقر؛ فهل يحنث بأكل لحم بقر الوحش؟

على وجهين ذكرهما في «الترغيب»، وخرجهما من وجهين، حكاهما فيما إذا حلف لا يركب حماراً فركب حماراً وحشياً؛ هل يحنث أم لا؟

والخلاف ها هنا يقرب أخذه من مسألة وجوب الزكاة في بقر الوحش والحنث في مسألة الركوب أضعف؛ لأن الركوب إنما يراد به الحمار الأهلي، وشبيه بهذا الخلاف لأصحابنا في مرور الحمار الوحشي بين يدي المصلي؛ هل يقطع صلاته أم لا؟

---

(١) **ابن عثيمين:** (هذا رجل قال: والله؛ لا آكل اللحم؛ فهل يحنث بأكل لحم السمك؟
فيه وجهان، الإمام أحمد يقول: على نيته، وهذا معلوم أن النية مقدمة على كل شيء إذا كان يحتملها اللفظ، ولكن إذا أطلق؛ فهل نقول: لا يدخل لحم السمك إلا بالنية أو نقول: لا يخرج إلا بنية؟ وفيه خلاف ولو قال قائل: إذا كان هذا الحالف من أهل الشواطئ؛ دخل لحم السمك وإن لم يكن من أهل الشواطئ لم يدخل؛ فلو قيل بهذا؛ لكان جيداً؛ لأن أهل الشواطئ جرت العادة أن لحم السمك يباع عندهم بكثرة، على خلاف غيرهم وأقرب قول هو أن يحنث أهل الشاطئ في أكلهم السمك ولا يحنث أهل البادية) ا.هـ

(٢) مسائل أحمد لابنه صالح (٢/ ١٩٧).

(٣) **ابن عثيمين:** (التخريج أن تنقل الرواية إلى المسألة الثانية التي فيها الرواية الثانية في السمك قال: بنيته، وهنا أخذ بالعموم وقال لا عبرة بنيته، فنخرج روايتين رواية في الأولى وهو أن لا يرجع للنية والثانية أنه يرجع إلى النية) ا.هـ

(٤) «المحرر» (٢/ ٧٩).

وقد حكاه أبو البقاء في «شرح الهداية»[1].

ومنها: لو حلف: لا يتكلم، فقرأ أو سبح؛ هل يحنث أو لا؟ المشهور أنه لا يحنث، وتوقف أحمد فيه في رواية[2].

ومنها: لو حلف بعتق عبيده، أو أعتقهم منجزاً؛ فقال الخرقي[3] وأبو بكر: يتناول القن والمدبر والمكاتب وأم الولد وأشقاصه، وزاد القاضي: عبيد عبده التاجر، ونص عليه أحمد في المكاتب في «رواية ابن منصور»، وخرج القاضي رواية بعدم دخول المكاتبين بدون نية من «رواية مهنا» في الأشقاص: إنهم لا يدخلون في عتق المماليك؛ إلا أن ينويهم، ومأخذه أنهم خارجون من اسم الرقيق والمملوك عرفاً، ولو قيل: إن أم الولد كذلك؛ لم يبعد[4].

---

(١) **ابن عثيمين**: (الصواب أن الحمار الوحشي لا يقطع الصلاة؛ لأن الكلام على المعهود العرفي وهو الحمار الأهلي وهذا هو المذهب) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين**: (هذه مسالة مهمة جداً، فإذا حلف الا يتكلم ثم سبح أو قرأ القرآن؛ فهل يكون متكلماً؟ المذهب لا، وأحمد توقف في هذا، والصواب أن يقال: إن فيه تفصيلا، فإذا أراد من عدم الكلام انه لا ينطق بشيء دخل في ذلك التسبيح، وإن أراد الاّ يتكلم الكلام المعهود؛ فهو الذي يكون مع الناس، فإذا قال قائل: على أي شيء يحمل كلام النبي ﷺ في حديث معاوية: «أمرنا الاّ نصل صلاة بصلاة حتى نخرج أو نتكلم»؛ فهل يشمل هذا التسبيح، ونقول: الرجل إذا صلى الفريضة وسبح وهلل؛ فإن له أن يتطوع بعد ذلك، أو لا بد أن يتكلم مع الناس؟ فإن قلنا: إن الكلام يطلق على التسبيح والذكر؛ قلنا: هذا الرجل تكلم، وإن قلنا: لا؛ قلنا: إن هذا الرجل لم يتكلم؛ فالظاهر أنه يحصل التمييز بين الفرض والسنة بالتسبيح ونحوه؛ لأن هذا التسبيح يدل على الخروج من الصلاة، ويتميز بين الصلاة الأولى والثانية؛ وإن كان الكلام مع الناس أبين وأوضح، ويدل لذلك على أن الكلام يشمل حتى التسبيح قول النبي ﷺ لمعاوية بن الحكم: «إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس»؛ فدل على وجود كلام آخر، أي: غير التكلم معهم، وهو التسبيح وقراءة القرآن) ا.هـ

(٣) «المغني» (٩/ ٤٠٩).

(٤) **ابن عثيمين**: (لو حلف أو أعتق عبيده يتناول القِنّ، أي المملوك ملكاً تاماً بدون شريك، ويتناول المدبر، وهو الذي عُلّق عتقه بالموت، فقال سيده: إذا متُّ؛ فإن عبدي فلان حُرّ، والمكاتب هو الذي اشترى نفسه من سيده وأم الولد هي التي أتت من سيدها بولد وأشقاص؛ أي: يملك من هذا العبد نصفه، ومن هذا ربعه، ومن هذا ثلثه، وهكذا؛ فإذا قال: أعتقت عبيدي؛ فإنه يشمل القِنّ والمدبر والمكاتب وأم الولد والأشقاص أيضاً، والوجه الثاني: أن لا يدخل فيه إلا القِنّ الخالص الذي ليس فيه شريك؛ لأن هذا هو المعهود، وأم الولد والمكاتب والمدبر والشقص ما يطرأون على باله، ولكن الأخذ بالعموم أولى إلاّ أن يخرجهم بنيته وعبد عبده التاجر هل يدخل بذلك؟ إذا قلنا أن العبد لا يملك فلا شك بدخوله لأنهم ملك لسيده، وإذا قلنا أن العبد يملك فإنهم لا يعتقوا لأنهم ليسوا عبيداً له، ولكن ولو قلنا أنه يملك فإن السيد إذا باع هذا العبد يبيعه مع عبيده. لكن الراجح أن العبد لا يملك لقول النبي ﷺ: «من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه») ا.هـ

ومنها: لو حلف بصدقة ماله، وأراد البر أو نذره نذر تبرر؛ فإنه يتصدق بثلث جميع أمواله عند الأصحاب، ونقل الأثرم عن أحمد أنه سئل: هل الثلث من الصامت خاصة أو من جميع ما يملك؟ فقال: ذلك على قدر ما نوى وعلى قدر مخرج يمينه، والأموال عند الناس تختلف، الأعراب يسمون الإبل والغنم الأموال، وغيرهم يسمى الصامت، وغيرهم الأرضين، فلو أن أعرابياً قال: ما لي صدقة؛ أليس كنا نأخذه بإبله أو نحو هذا؟ قال القاضي في «خلافه»: فظاهر هذا أنه يرجع إلى نيته في ذلك، فإن أطلق؛ يرجع إلى عُرف الإطلاق عند الناذر، وقال أحمد أيضاً في «رواية صالح»[(١)]: إذا قال: جاريتي حرة إن لم أصنع كذا وكذا؛ قال ابن عمر وابن عباس: تعتق، وإذا قال: مالي في المساكين؛ لم يدخل فيه جاريته.

قال القاضي: وظاهر هذا أن الأمة لا تدخل في عموم المال. قال: والمذهب التعميم[(٢)]، والعجب أنه لم يحك بالتعميم عن أحمد نصّاً صريحاً، ولا ظاهراً[(٣)].

ومنها: لو حلف لا مال له، وله مال غير زكوي؛ فقال الأصحاب: يحنث. وأخذوه من المسألة التي قبلها، قال ابن الزاغوني في «الإقناع»: وظاهر كلام أحمد أنه لا يحنث؛ لأنه قال في «رواية الحربي»: نحن لا نعد الدار والثياب والخادم مالاً.

---

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (٢/ ٤٨٤-٤٨٥).

(٢) **ابن عثيمين:** (هم عندهم المذهبان مذهب شخصي ومذهب اصطلاحي أحياناً يقولون المذهب كذا وإن نص الإمام أحمد على خلافه، هو مذهب اصطلاحي) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (لو قال: لله عليّ أن أتصدق بثلث مالي؛ فهل يشمل هذا الصامت وغير الصامت؟
يقول الإمام أحمد: يرجع في ذلك إلى نيته؛ لأن الأموال عند الناس تختلف؛ فالمال عند صاحب الإبل هي الإبل، وعند صاحب الغنم هي الغنم، وعند أصحاب العقار هي العقار، وعند أصحاب التجارة هي عروض التجارة، وهكذا؛ فيرجع في ذلك إلى نيته، وقول المؤلف نذر تَبَرُّر؛ أي: الذي قصد به الطاعة؛ لأن النذر قد يكون نذر منع، كأن يقول: لله عليّ إن كلمت فلاناً أن أتصدق بمالي؛ فهذا لا يلزمه أن يتصدق بماله، بل نقول: إن شئت تصدقت أو كفرت كفارة يمين، ولو قال: إن لبست هذا الثوب لله عليّ أن أتصدق بجميع ثيابي؛ فهذا نذر منع لا يلزمه أن يتصدق بجميع ثيابه، ويكفر كفارة يمين، ولو قال: إن آتاني الله مالاً لله عليّ أن أتصدق بثلثه؛ فهذا نذر تبرر؛ فيتصدق، فنذر التبرر ما قصد به البر والطاعة، وغير التبرر ما لم يقصد به ذلك) ا.هـ

القاعدة الثانية والعشرون بعد المئة

يخص العموم بالعادة على المنصوص.

وذلك في مسائل:

منها: لو وصى لأقربائه أو أهل بيته؛ قال أحمد في «رواية ابن القاسم»: إذا قال: لأهل بيتي أو قرابتي؛ فهو على ما يعرف من مذهب الرجل إن كان يصل عمته وخالته، ونقل سندي نحوه، وقال في «رواية صالح»[1] في الوصية لأهل بيته: ينظر من كان يصل من أهل بيته من قِبَلِ أبيه وأمه، فإن كان لا يصل قرابته من قبل أمه؛ فأهل بيته من قبل أبيه.

واختلف الأصحاب في حكاية هذه الرواية على طريقين:

أحدهما: أنها رواية ثالثة في قرائب الأم خاصة أنهم لا يدخلون في الوصية؛ إلا إن كان يصلهم في حياته، وهذه طريقة القاضي في «المجرد».

والطريق الثاني: إنها هي المذهب، وإن الاعتبار بمن كان يصله في حياته بكل حال؛ فإن لم تكن له عادة بالصلة؛ فهي لقرابة الأب، وهي طريقة القاضي في «خلافه».

ونقل عن أحمد: أنه لا اعتبار بالصلة، قال في «رواية ابن منصور» في رجل وصى في فقراء أهل بيته وله قرابة في بغداد وقرابة في بلاده وكان يصل في حياته الذين ببغداد؛ قال: يعطى هؤلاء الحضور والذين في بلاده. وكذلك نقل عبد الله[2]، قال أبو حفص البرمكي: هذا قول آخر لا يعتبر بمن كان يصل في حياته. قلت: ويحتمل أن يقال: منع الصلة ها هنا لمن ليس ببغداد قد علم سببه، وهو تعذر الصلة للبعد، والكلام إنما هو فيما تركه مع قدرته عليه، قال القاضي: ويشهد لروايته ابن منصور ما روى عبد الله عنه في رجل وصى بصدقه في أطراف بغداد، وقد كان ربما تصدق في بعض الأرباض وهو حي، قال: يتصدق عنه في أبواب بغداد كلها.

---

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (٢/ ٢٧٧-٢٧٩).

(٢) مسائل أحمد لابنه عبدالله (٣٨٨-٣٨٩).

ومنها: لو وصى لقرابة غيره وكان يصل بعضهم، أو وصى للفقهاء أو للفقراء وكان يصل بعضهم؛ قال القاضي في «خلافه»: لا رواية فيه، ولا يمتنع أن نقول فيه ما نقوله في أقارب نفسه.

ومنها: لو وقف على بعض أولاده وسماهم، ثم على أولاد أولاده؛ فهل يختص البطن الثاني بأولاد المُسَمَّيْنَ أولاً، أو يشمل جميع ولد ولده؟

نص أحمد في «رواية حرب» على أنه يشمل جميع ولد الولد.

ويتخرج وجه آخر بالاختصاص بولد من وقف عليهم اعتباراً بآبائهم؛ فإن هذه عطية واحدة؛ فحمل بعضها على بعض أقرب من حمل الوصية على العطية في الحياة، وهذا النص هو قوله في «رواية حرب» في رجل له وُلد صغار خاف عليهم الضيعة، فأوقف ماله على ولده، وكتب كتاباً، وقال: هذا صدقة على ولده فلان وفلان، وسماهم، ثم قال: وولد ولده وله ولد غير هؤلاء، قال: هم شركاء.

فحمله الشيخان صاحبا «المغني» و «المحرر»[1] على ما قلنا، وتبويب الخلال يدل عليه، وقد يقال: إنما عم البطن الثاني ولد الولد؛ لأن تخصيص البطن الأول بالصغار كان لخوفه عليهم الضيعة، وهذا المعنى مفقود في البطن الثاني؛ فلذلك اشترك فيه أولاد الأولاد كلهم.

وحمله القاضي وابن عقيل على أن البطن الأول يشترك فيه الولد المسمَّون وغيرهم أخذاً من عموم قوله: صدقة على ولده وتخصيص بعضهم بالذكر لا يقتضي التخصيص بالحكم؛ كقوله: ﴿وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبۡرِيلَ وَمِيكَىٰلَ﴾ [البقرة:٩٨]، وهذا فاسد؛ لأن الآية فيها عطف نسق بالواو، وها هنا إما عطف بيان أو بدل، وأيهما كان فيقتضي التخصيص بالحكم؛ لأن عطف البيان موضع لمتبوعه ومطابق له، وإلا؛ لم يكن بياناً، والبدل هو الواسطة المقصود بالحكم؛ فيتعين التخصيص به.

ولهذا لو قال من له أربع زوجات: زوجتي فلانة طالق؛ لم تطلق الثلاث البواقي، أو قال من له عبيد: عبدي فلان حر؛ لم يعتق من عداه بغير خلاف.

---

(١) «المغني» (٥/ ٣٥٧-٣٥٩)، «المحرر» (١/ ٣٨٢).

ومنها: لو استأجر أجيراً يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف.

ومنها: لو حلف: لا يأكل من هذه الشجرة؛ اختصت يمينه بما يؤكل منها عادة، وهو الثمر دون ما لا يؤكل عادة؛ كالورق والخشب.

القاعدة الثالثة والعشرون بعد المئة

ويخص العموم بالشرع أيضاً على الصحيح.

في مسائل:

منها: إذا نذر صوم الدهر؛ لم يدخل في ذلك ما يحرم صومه من أيام السنة أو ما يجب صومه شرعاً؛ كرمضان على أصح الروايتين.

ومنها: لو حلف لا يأكل لحماً؛ لم يتناول يمنيه اللحم المحرم شرعاً على أحد الوجهين.

ومنها: لو وصى لأقاربه؛ لم يدخل فيهم الوارثون في أحد الوجهين، حكاهما في «الترغيب»، وظاهر كلام القاضي الدخول، وظاهر كلام ابن أبي موسى وابن عقيل خلافه.

ومنها: لو وكله في أن يطلق زوجته؛ فهل يدخل فيه الطلاق المحرم؟

على وجهين، ذكرهما ابن عقيل وصاحب «المحرر»[1].

ومنها: لو نذر اعتكاف شهر متتابع؛ فله أن يعتكف في غير الجامع، ويخرج إلى الجمعة؛ لاستثنائها بالشرع، وفيه وجه لا يجوز الاعتكاف في غير الجامع، والأول المذهب، كما أنه لا ينقطع الصيام المتتابع بصوم رمضان ولا فطر أيام النهي.

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٤٩).

القاعدة الرابعة والعشرون بعد المئة

هل نخص اللفظ العام بسببه الخاص إذا كان السبب هو المقتضي له؟

فيه وجهان:

احدهما: لا يخص به، بل يقضي بعموم اللفظ، وهو اختيار القاضي في «الخلاف» والآمدي وأبي الفتح الحلواني وأبي الخطاب وغيرهم، وأخذوه من نص أحمد في «رواية علي بن سعيد» فيمن حلف: لا يصطاد من نهر لظلم رآه فيه، ثم زال الظلم؛ قال أحمد: النذر يوفى به.

وكذلك أخذوه من قاعدة المذهب فيمن حلف لا يكلم هذا الصبي، فصار شيخاً: أنه يحنث بتكليمه تغليباً للتعيين على الوصف. قالوا: والسبب والقرينة عندنا تعم الخاص ولا تخصص العام.

والوجه الثاني: لا يحنث، وهو الصحيح عند صاحبي «المحرر» و «المغني»[1]، لكن صاحب «المحرر» استثنى صورة النهر وما أشبهها كمن حلف لا يدخل بلداً لظلم رآه فيه، ثم زال.

وصاحب «المغني»[2] عدّى الخلاف إليها ورجحه ابن عقيل في «عُمَدِ الأدلة»، وقال: هو قياس المذهب؛ لأن المذهب أن الصفة لا تنحل بالفعل حالة البينونة؛ لأن اليمين بمقتضى دلالة الحال تقتضي التخصيص بحالة الزوجية دون غيرها، وكذلك جزم به القاضي في موضع من «المجرد»، واختاره الشيخ تقي الدين، وفرق بينه وبين مسالة النهر المنصوصة بأن نص أحمد إنما هو في النذر والناذر، إذا قصد التقرب بنذره؛ لزمه الوفاء به مطلقاً، كما منع المهاجرون من العود إلى ديارهم التي تركوها لله وإن زال المعنى الذي تركوها لأجله؛ فإن تُرك شيء لله؛ يمنع العود فيه مطلقاً، وإن كان لسبب قد يتغير، ولهذا نهى المتصدق أن يشتري صدقته، وهذا أحسن، وقد يكون جده صاحب «المحرر» لحظ هذا؛ حيث خص صورة النهر بالحنث مع الإطلاقِ، بخلاف غيرها من الصور.

---

(١) «المحرر» (٢/ ٧٦،٧٧)، «المغني» (١٠/ ٤٨).

(٢) «المحرر» (٢/ ٧٦،٧٧)، «المغني» (١٠/ ٤٨).

وأما مسألة الحلف على العين الموصوفة بالصفة؛ فإن كان ثم سبب يقتضي اختصاص اليمين بحال بقاء الصفة؛ لم يحنث بالكلام بعد زوالها، صرح به في «الكافي» و «المحرر»[1]؛ فهي كمسألتنا ويتفرع على هذه القاعدة مسائل:

منها: لو دعي إلى غداء، فحلف لا يتغدى؛ فهل يحنث بغداء غير ذلك المحلوف بسببه؟

على الوجهين، وجزم القاضي في «الكفاية» وصاحب «المحرر»[2] بعدم الحنث.

ومنها: لو حلف لا رأيت منكراً إلا رفعته إلى فلان القاضي، فعزل؛ فهل تنحل يمينه؟

على الوجهين.

وفي «الترغيب»: إن كان السبب أو القرائن تقتضي حالة الولاية؛ اختص بها وإن كانت تقتضي الرفع إليه بعينه، مثل أن يكون مرتكب المنكر قرابة الوالي مثلاً وقصد إعلامه بذلك؛ لأجل قرابته، وذكر الولاية تعريفاً تناول اليمين حال الولاية والعزل، وإن لم يكن دلالة بحال؛ فهل يبر برفعه إليه بعد العزل ويحنث بتركه؟

على وجهين، فإن كانت يمينه رفعه إلى الوالي من غير تعيين؛ فهل يتعين المنصوب في الحال، أم يبرأ بالرفع إلى كل من ينصب بعده؟

على وجهين؛ لتردد الألف واللام بين تعريف العهد والجنس، ولو علم بمنكر بعد علم الوالي احتمل وجهين:

أحدهما: أن البر قد فات؛ كما لو رآه معه.

والثاني: لم يفت؛ لأن صورة الرفع ممكنة، ثم على الوجه الأول يخرج على ما إذا تبدد الماء الذي في الكوز بعد حلفه على شربه أو أبرأه من الدين بعد حلفه على قضائه، وفيه وجهان. انتهى.

---

(١) «الكافي» (٤/ ٣٩٦-٣٩٧)، «المحرر» (٢/ ٧٨-٧٩).

(٢) «المحرر» (٢/ ٧٨-٧٩).

فجعل محل الوجهين إذا انتفت القرائن والدلائل بالكلية، ومع دلالة الحال والسبب يختص الرفع بحال الولاية وجهاً واحداً.

ومنها: لو حلف على عبده أو زوجته أو لغريمه لا يخرج إلا بإذنه، ثم باع العبد وطلق الزوجة ووَفَّى الغريم؛ فهل تنحل يمينه؟

على الوجهين:

ومنها: لو قالت له زوجته: تزوجت علي؟ فقال: كل امرأة لي طالق، فإن المخاطبة تطلق بذلك، نص عليه في «رواية المروذي» و«ابن هانئ»[1].

وكذلك نقل عنه أبو داود السجستاني[2] في رجل تزوج امرأة؛ فقيل له: إن لك غيرها؟ فقال: كل امرأة لي طالق. فسكت، فقيل: إلا فلانة. فقال: إلا فلانة؛ فإني لم أعنها. فأبى أن يفتي فيه، وهذا توقف منه.

وخرج ابن عقيل في «عمد الأدلة» المسألة على روايتين.

(١) مسائل أحمد لابن هانئ (٢/ ٢٢٤).

(٢) مسائل أحمد لأبي داود (١٧٣-١٧٤).

القاعدة الخامسة والعشرون بعد المئة

النية تعم الخاص وتخصص العام بغير خلاف فيهما، وهل تقيد المطلق أو تكون استثناء من النص؟

على وجهين فيهما؛ فهذه أربعة أقسام:

أما القسم الأول؛ فله صور كثيرة:

منها: لو حلف على زوجته: لا تركت هذا الصبي يخرج، فخرج بغير اختيارها؛ فنص أحمد في «رواية مُهَنَّا»: إنه إن نوى أن لا يخرج من الباب فخرج؛ فقد حنث، وإن كان نوى أن لا تدعه؛ لم يحنث لأنها لم تدعه.

ومنها: لو قال: إن رأيتك تدخلين هذه الدار؛ فأنت طالق؛ فنص أحمد في «رواية مهنا» أنه إن أراد أن لا تدخلها بالكلية، فدخلت ولم يرها؛ حنث، وإن كان نوى إذا رآها؛ فلا يحنث حتى يراها تدخلها.

ومنها: لو حلف أن لا يضربه، ونوى أن لا يؤلمه؛ حنث بكل ما يؤلمه من خنق وعض وغيرهما، نص عليه.

ومنها: لو حلف: لا يكلم امرأته بقصد هجرانها بذلك؛ حنث بوطئها، أومأ إليه أحمد.

ومنها: لو طلق امرأته طلقة رجعية وحلف لا راجعتها، وأراد الامتناع من عودها إليه مطلقاً؛ حنث بتزويجها بنكاح جديد بعد البينونة، نص عليه في «رواية ابن منصور».

ومنها: لو حلف لا يشرب له الماء، ونوى الامتناع من جميع ماله؛ حنث بتناول كل ما يملكه، وقرر القاضي في موضع: أن هذا اللفظ ونحوه موضوع في العرف لعموم الامتناع من شرب الماء، وكذلك ابن عقيل؛ فعلى هذا لا يحتاج إلى نية العموم، بل إذا أطلق اقتضى الامتناع من شرب الماء فما فوقه خاصةً، وصرح به ابن عقيل.

ومنها: لو حلف لا يدخل هذا البيت، يريد هجران قوم، فدخل عليهم بيتاً آخر؛ حنث،

نص عليه في «رواية محمد بن يحيى الكحال».

ومنها: لو حلف على زوجته لا تخرج من بيته لتهنئة ولا تعزية، ونوى أن لا تخرج أصلاً؛ هل يحنث بخروجها لغير تهنئة أو تعزية؟

فذكر القاضي في «بعض تعاليقه»: أنه توقف فيها، وأن القاضي أبا الطيب الطبري من الشافعية قال له: مقتضى مذهبكم أنه لا يحنث؛ لأن الغرض يختلف في الخروج، ولا يوجد المقصود في كل خروج، بخلاف ما إذا قصد قطع المنة، فإن المنة توجد في غير المحلوف عليه.

قلت: والصواب الجزم بالحنث ها هنا مطلقاً، وعليه يدل نص أحمد في المسألتين الأولتين المذكورتين ها هنا، ولا يشبه هذا ما لو حلف لا يلبس من غزلها، يقصد قطع المنة؛ فإنه لا يحنث بالانتفاع بغير الغزل وثمنه من أموالها عند بعض الأصحاب؛ لأن العموم هناك يستفاد من السبب، وهنا يستفاد من النية؛ فهو أبلغ.

وأما **القسم الثاني**؛ فصوره كثيرة جداً:

فمنها: أن يقول: نسائي طوالق. ويستثني بقلبه واحدة، أو يحلف لا يسلم على زيد؛ فسلم على جماعة هو فيهم، ويستثنيه بقلبه، ووقع في كلام القاضي وابن عقيل في هذه المسألة ما يقتضي حكاية روايتين في حنثة في مسألة السلام، وتأوله صاحب «المحرر» في «تعليقه على الهداية» على أن المراد هل يقبل منه دعوى إرادة ذلك أم لا؟

قال: وقد صرحا بذلك في موضع آخر من كتابيهما، ولو حلف لا يدخل على فلان بيتاً، فدخل بيتاً هو فيه مع جماعة ونوى بدخوله غيره؛ هل يحنث؟

خرجه القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب على وجهين في مسألة السلام، قال صاحب «المحرر»[1]: وعندي فيه نظر؛ لأن الدخول فعل حسي لا يتميز؛ بخلاف السلام.

ومنها: لو قال لزوجته: إن لبست ثوباً؛ فأنت طالق، وقال: أردت أحمراً، وقال: إن لبست

---

(١) «المحرر» (٢/ ٨١-٨٢).

ثوباً؛ فأنت طالق، ثم قال: أردت ثوباً أحمر، وقال: إن دخلت الدار؛ فأنت طالق، ثم قال: أردت في هذه السنة؛ فالجمهور من الأصحاب على أنه يدين في ذلك، وفي قبوله في الحكم روايتان، وشذ طائفة؛ فحكوا الخلاف في تديينه في الباطن، منهم الحلواني وابنه، وكذلك وقع في موضع من «مفردات ابن عقيل» في الأيمان، وكذلك وقع للقاضي في «المجرد»، قال صاحب «المحرر»[1]: وهو سهو. وذكر القاضي في «كتاب الحيل»[2]: إنه إن كان المخصص بالنية ملفوظاً به؛ صح تخصيصه، وإلا؛ فلو حلف لا يأكل شيئاً أبداً، ونوى به اللحم، قُبِلَ، وإن حلف لا يأكل، ونوى اللحم لم تنفعه نيته؛ لأنه خصص ما ليس في لفظه.

وحمل اختلاف كلام أحمد في قبول دعوى خلاف الظاهر في اليمين على اختلاف هذين الحالين، لا على اختلاف قولين.

وذكر عنه السامري في «فروقه» وذكر فيها أيضاً: إن المنوي إن كان يرفع مقتضى الحكم بالكلية؛ كالاستثناء بالمشيئة في اليمين بالله، أو حيث ينفع؛ لم يصح بالنية إلا مع الظلم.

وقد نص أحمد في «رواية حرب» على صحة استثناء المظلوم في نفسه بالمشيئة؛ لأنها ترفع الحكم بالكلية؛ فهي كالفسخ؛ فلا يصح بالنية إلا مع العذر، بخلاف شروط الطلاق ونحوها؛ فإنها تصح بالنية مطلقاً؛ لأنها مخصصة لا رافعة.

وأما القسم الثالث؛ فله صور:

منها: إذا نذر الصدقة بمال، ونوى في نفسه قدراً معيناً؛ فنص أحمد في «رواية أبي داود»[3]: أنه لا يلزمه ما نواه، وخرج صاحب «المحرر» في «تعليقه على الهداية» اللزوم؛ قال: وقد نص أحمد فيمن نذر صوماً أو صلاةً ونوى في نفسه أكثر مما يتناوله اللفظ: إنه يلزمه ما نواه، وهذا مثله. وكذلك رجح ابن عقيل اللزوم فيما نواه في الجميع، وكذلك ذكر صاحب «الكافي»: إنه لو حلف ليأكلن لحماً أو فاكهة، أو ليشربن ماءً، أو ليكلمن رجلاً، أو ليدخلن داراً، وأراد

---

(١) «المحرر» (٢/ ٥٣).

(٢) هو من مؤلفات أبي يعلى المفقودة.

(٣) مسائل أحمد برواية أبي داود (٢٢٤).

بيمينه معيناً؛ تعلقت يمينه به دون غيره، وإن نوى الفعل في وقت بعينه؛ اختص به. ولم يذكر فيه خلافاً.

ومنها: لو قال: أنت طالق، ونوى ثلاثاً؛ فهل يلزمه الثلاث، أم لا يقع به أكثر من واحدة؟

على روايتين، وجه القول بلزوم الثلاث: أن طالقاً اسم فاعل، وهو صادق على من قام به الفعل مرة وأكثر؛ فيكون محتملاً للكثرة، فينصرف إليها بالنية، ورأيت في كتاب «شرح القوافي»[1] لابن جني: إن الأفعال كلها للعموم. وحكاه عن أبي علي، وهو غريب.

وأما إذا قال: ثلاثاً؛ فتطلق ثلاثاً، لكن لنا فيه طريقان:

أحدهما: إن ثلاثاً صفة لمصدر محذوف تقديره طلاقاً ثلاثاً، والمصدر يتضمن العدد.

والثاني: إن ثلاثاً صالح لإيقاع الثلاث من طريق الكناية، وذكر الطلاق يقرر الإيقاع بها كنية الطلاق.

ويتفرع على المأخذين: هل وقع الثلاث بقوله: أنت طالق، أم بقوله: ثلاثاً؛ ولو ماتت مثلاً في حال قولنا ثلاثاً؛ هل تقع الثلاث أو واحدة؟

على وجهين، ذكرهما في «الترغيب»، وهذا إنما يتوجه على قولنا: إنه إذا قال: أنت طالق، ونوى ثلاثاً: أنه يقع به الثلاث، أما إن قلنا: لا يقع الثلاث بالنية؛ لم يقع الثلاث إلا بقوله ثلاثاً، بغير خلاف.

ومنها: إذا وقع العقد على اسم مطلق، ونوى تعيينه قبل العقد؛ فهل يصح أم لا؟

قد سبق أن لنا في صحة النكاح وجهين إذا قال: زوجتك بنتي، وله بنات، ونويا واحدة معينة، وأن مأخذ البطلان اشتراط الشهادة على النكاح، وهذا يقتضي صحة سائر العقود التي لا يحتاج إلى الشهادة بمثل ذلك.

وصرح صاحب «المحرر» بأنه إذا اشترى شيئاً بثمن مطلق في الذمة، ونوى نقده من المال

---

(١) هذا الكتاب هو شرح لقوافي أبي الحسن الأخفش واسمه «المعرب في شرح القوافي».

المغصوب ونقده منه؛ فهل يكون العقد باطلاً كما لو وقع على عين المغصوب، أو يكون صحيحاً؟ على روايتين.

وإنما خرج الخلاف في تقييد المطلق بالنية دون تخصيص العام بها؛ لأن تخصيص العام نقص فيه وقصر له على بعض مدلوله، وذلك إنما يكون بالنية والإرادة؛ فهي المخصصة حقيقة، وإنما تسمى الأدلة الدالة على التخصيص مخصصات؛ لدلالتها على الإرادة المخصصة، وهذا بخلاف تقييد المطلق؛ فإنه زيادة على مدلوله؛ فلا تثبت الزيادة بالنية المجردة، فإن قيل: هذا ينتقض عليكم بتعميم الخاص بالنية؛ فإنه إلزام بزيادة على اللفظ بمجرد النية؛ قيل: الفرق بينهما: إن الخاص إذا أريد به العام؛ كان نصّاً على الحكم في صورة لعلة، فيتعدى الحكم إلى كل ما وجدت فيه تلك العلة، وهذا غير موجود في المطلق إذا أريد به بعض مقيداته، والله أعلم.

وأما **القسم الرابع**؛ فله صور:

منها: لو قال: أنت طالق ثلاثاً، واستثنى بقلبه إلا واحدة؛ فهل يلزمه الثلاث في الباطن؟ على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه، وهو قول أبي الخطاب وصاحبه الحلواني.

والثاني: يقع به الثلاث في الباطن، وهو الذي جزم به السامري في «فروقه» وصاحب «المغني»[1] واختاره صاحب «المحرر»[2]؛ لأن النية إنما تصرف اللفظ إلى محتمل، ولا احتمال في النص الصريح، إنما الاحتمال في العموم، ويشهد له قول أحمد في «رواية صالح»: النية فيما خفي ليس فيما ظهر[3].

ومنها: لو قال: نسائي الأربع طوالق، واستثنى بقوله فلانة؛ فهي كالتي قبلها.

ومنها: لو قال: كل عبد لي حر، واستثنى بقلبه بعض عبيده؛ فذكر ابن أبي موسى في صحته

---

(١) «المغني» (٧/ ٣٧١).
(٢) «المحرر» (٢/ ٦٠).
(٣) مسائل أحمد لابنه صالح (١/ ٤٧٦، ٤٧٧).

روايتين، ولكن صحة الاستثناء هنا أظهر، وفي كلام أحمد في مسألة الأشقاص ما يدل عليه؛ لأن كلا، وإن كانت موضوعة لاستغراق ما تضاف إليه؛ إلا أنها من صيغ العموم القابلة للتخصيص في الجملة.

تنبيه حسن:

فرق الأصحاب بين الإثبات والنفي في الأيمان في مسائل، وقالوا في الإثبات: لا يتعلق البر إلا بتمام المسمى، وفي الحنث يتعلق ببعضه على الصحيح. وقالوا: الأيمان تحمل على عرف الشرع، والشارع إذا نهى عن شيء؛ تعلق النهي بجملته وأبعاضه، وإذا أمر بشيء؛ لم يحصل الامتثال بدون الإتيان بكماله.

فأخذ الشيخ تقي الدين من هذا أن اليمين في الإثبات لا تعم، وفي النفي تعم؛ كما عمت أجزاء المحلوف عليه. قال: وقد ذكر القاضي في موضع من «خلافه»: أن السبب يقتضي التعميم في النفي دون الإثبات. قال الشيخ: وهذا قياس المذهب في الأيمان. وقرره بأن المفاسد يجب اجتنابها كلها، بخلاف المصالح؛ فإنه إنما يجب تحصيل ما يحتاج إليه منها، فإذا وجب تحصيل مصلحة؛ لم يجب تحصيل أخرى مثلها للاستغناء عنها بالأولى.

وكلامه يشمل التعميم بالنية أيضاً؛ حتى ذكر في العلة المنصوصة في كلام الشارع: إنها إن كانت في تحريم تعدت بالقياس إلى غير المنصوص عليه بالعلة، وإن كانت إيجاباً؛ لم تتعد، وذكر أن هذا قياس المذهب، وحكى عن أبي الخطاب: أنه لو أوجبت كل يوم أكل السكر لأنه حلو؛ وجب أكل كل حلو. ثم قال: وهذا بعيد، بل الذي يقال: إنه يجب كل يوم أكل شيء من الحلو كائناً ما كان. قال: وفيه نظر؛ لأنه يبطل إيجاب السكر، وعلى هذا التقدير؛ فلا إشكال في مسألة قول السيد: أعتقت غانماً لسواده، وأنه لا يعتق عليه كل أسود؛ كما هو قول الجمهور، خلافاً لما ذكره أبو الفتح الحلواني وأبو الخطاب، والله أعلم.

القاعدة السادسة والعشرون بعد المئة

الصور التي لا تقصد من العموم عادة؛ إما لندورها، أو لاختصاصها بمانع، لكن يشملها اللفظ مع اعتراف المتكلم بأنه لم يرد إدخالها فيه؛ هل يحكم بدخولها أم لا؟

في المسألة خلاف، ويترجح في بعض المواضع الدخول وفي بعضها عدمه؛ بحسب قوة القرائن وضعفها.

ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

منها: إذا قيل له: تزوجت على امرأتك؟ فقال: كل امرأة لي طالق؛ هل تطلق المرأة المخاطبة أم لا، إذ قال لم أردها؟

وقد سبق أن أحمد نص تارة على أنها تطلق وتوقف فيها أخرى، وخرجها ابن عقيل على روايتين.

ومنها: لو قذف أباه إلى آدم وحواء؛ فنص أحمد في «رواية حرب»: إن عليه حدّاً واحداً، ولم يجعله ردة عن الإسلام؛ لأنه لم يقصد دخول الأنبياء في ذلك، ولا يقصد ذلك مسلم.

وخرج الشيخ تقي الدين فيه وجهاً آخر: إنه ردة من المسألة الآتية.

ومنها: لو قال: عصيت الله فيما أمرني به؛ هل يكون يميناً؟

قال القاضي: ليس بيمين؛ لأن المشهور تخصيص المعاصي بالذنوب دون الكفر، وقال صاحب «المحرر»[1]: عندي أنه يمين لدخول التوحيد فيه.

ومنها: لو قال لعبيده وهم عنده: أنتم أحرار، وكان فيهم أم ولده وهو لا يعلم بها ولم يرد عتقها؛ هل تعتق أم لا؟

على روايتين حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى، ونص أحمد على عتقها في «رواية ابن

---

(١) «المحرر» (٢/ ١٩٧).

هانئ»[1] وغيره، وشبهها في رواية أحمد بن الحسين بن حسان بمن نادى امرأة له، فأجابته أخرى، فطلقها يظنها المناداة، وقال: تطلق هذه بالإجابة وتلك بالتسمية.

وهذه المسألة (أعني: مسألة المناداة) فيها روايتان:

إحداهما: تطلق المناداة وحدها، نقلها مُهنَّا، وهي اختيار الأكثرين؛ كأبي بكر وابن حامد والقاضي؛ فيتعين تخريج رواية في أم الولد: إنها لا تعتق منها.

وعلى الرواية الثانية: تطلق المناداة والمجيبة.

وظاهر كلام أحمد في «رواية أحمد بن الحسين بن حسان»: إنهما يطلقان جميعاً في الباطن والظاهر؛ كما يقول في إحدى الروايتين: إذا لقي امرأة يظنها أجنبية، فطلقها، فإذا هي زوجته؛ تطلق ظاهراً وباطناً.

وزعم صاحب «المحرر»[2] أن المجيبة إنما تطلق ظاهراً، والفرق بينهما وبين المطلقة التي يعتقدها أجنبية: إن الطلاق ها هنا صادف محلاً، ينفذ فيه، وهو المناداة؛ فلا يحتاج إلى محل آخر، بخلاف طلاق من يعتقدها أجنبية؛ فإنه لو لم يقع بها؛ للغي الطلاق الصادر من أهله في محله، ولا سبيل إليه، وقد أشار أحمد إلى معنى هذا الفرق، وسنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى.

ومنها: لو حلف: لا يسلم على فلان، فسلم على جماعة هو فيهم، وهو لا يعلم بمكانه، ولم يرده بالسلام؛ فحكى الأصحاب في حنثه الروايتين، ويشبه تخريجهما على مسألة من حلف لا يفعل شيئاً ففعله جاهلاً: بأنه المحلوف عليه.

والمنصوص عن أحمد ها هنا الحنث في «رواية مهنا»؛ حتى فيما إذا كان المحلوف عليه مستتراً بين القوم بسارية في المسجد وهو لا يراه، ونقل عنه أبو طالب: إن كان وحده فسلم عليه وهو لا يعرفه؛ حنث، وإن كان بين جماعة ولم يعلم به؛ لم يحنث لأنه أراد الجماعة. وهذا يشبه ما تقدم في الفرق بين المناداة إذا أجابت غيرها وبين من يطلقها يعتقدها أجنبية؛ فإن المحلوف عليه

---

(١) مسائل أحمد برواية ابن هانئ (٢/ ٨٠).
(٢) «المحرر» (٢/ ٦١).

لم يقصد السلام عليه بالكلية، وهناك من يصح قصده غيره، فانصرف السلام إليه دونه، بخلاف ما إذا كان وحده؛ فإن المحلوف عليه وجد، ولكن مع الجهل به.

وقد تأول القاضي رواية أبي طالب هذه على أنه أخرجه بالنية من السلام، ولا يصح؛ لأنه لم يكن عالماً بحضوره بينهم؛ فكيف يستثنيه بالنية؟!

ومنها: لو وقف المسلم على قرابته أو أهل قريته أو وصى لهم وفيهم مسلمون وكفار؛ لم يتناول الكفار حتى يصرح بدخولهم، نص عليه في «رواية حرب» و «أبي طالب»، ولو كان فيهم مسلم واحد والباقي كفار؛ في الاقتصار عليه وجهان؛ لأن حمل اللفظ العام على واحد بعيد جداً.

ومنها: لو تهايأ المعتق بعضه هو وسيده على منافعه وأكسابه؛ فهل يدخل فيها الأكساب النادرة؛ كالركاز والهدية واللقطة، أم لا؟

على وجهين:

ومنها: لو قال: ما أحل الله علي حرام، وله زوجة ومال، وقال: لم أرد زوجتي؛ فهو مظاهر، عليه كفارة الظهار، نص عليه في «رواية ابن منصور»؛ لأن الزوجة أشهر أفراد الحلال الذي يقصد تحريمه، ولا ينصرف الذهن ابتداءً إلى غيره؛ فلا يصح إخراجه من العموم بعدم إرادة دخوله، وإنما يصح إخراجه بإرادة عدم دخوله، فأما إن لم تكن له زوجة وله مال؛ فهو يمين كسائر تحريم المباحات، وإذا كان له زوجة ومال؛ فعليه كفارة ظهار لا غير، نص عليه أحمد في «رواية أبي طالب» و «ابن منصور» في صورة كلُّ ما أحل الله علي حرام، وقال ابن عقيل: يجب مع كفارة الظهار كفارة يمين؛ لدخول المال في العموم.

ووجه القاضي نص أحمد بتوجيهات مستبعدة، وعندي في تخريجه وجهان:

أحدهما: إن المتبادر إلى الأفهام من تحريم الحلال تحريم الزوجة دون الأموال؛ فإنها لا تقصد بالتحريم؛ فلا تدخل في العموم لكونها لا تقصد عادة؛ فتكون المسألة حينئذ من صور القاعدة.

والثاني: أن تكون مخرجة على قوله بتداخل الأيمان، وأن موجبها واحد؛ فإن الجنس ها هنا واحد، وهو تحريم الحلال؛ فصار موجبه كفارة واحدة، ثم تعينت بكفارة الظهار؛ لدخول كفارة اليمين فيها من غير عكس.

القاعدة السابعة والعشرون بعد المئة

إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب؛ إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة إليه أو غير ملجئة، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية؛ استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان؛ شاركت السبب في الضمان.

فالأقسام ثلاثة.

ومن صور **القسم الأول** مسائل[١].

منها: إذا حفر واحد بئراً عدواناً، ثم دفع غيره فيها آدميّاً معصوماً أو مالاً لمعصوم، فسقط، فتلف؛ فالضمان على الدافع وحده[٢].

ومنها: لو فتح قفصاً عن طائر، فاستقر بعد فتحه، فجاء آخر فنفره؛ فالضمان على المنفّر وحده[٣].

ومنها: لو رمى معصوماً من شاهق، فتلقاه آخر بسيف، فقدّه به؛ فالقاتل هو الثاني دون الأول[٤]، فأما إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً وفيه حياة غير مستقرة، فضربه آخر فمات؛

---

(١) **ابن عثيمين:** (عندنا ثلاثة أقسام:
الأول: ألاّ تكون المباشرة مبنية على السبب؛ فالضمان على المباشرة، أي: إذا اجتمع متسبب ومباشر، والمباشرة ليست مبنية على السبب؛ فالضمان على المباشر.
الثاني: إذا كانت المباشرة مبنية على السبب، والسبب ليس فيه عدوان إطلاقاً؛ فالضمان على المباشرة.
الثالث: أن تكون مبنية على السبب، وفيه نوع عدوان؛ فيشتركان في الضمان) ا.هـ

(٢) **ابن عثيمين:** (هذا رجل حفر بئراً بالسوق، ومعلوم أن حفره هكذا عدوان، ثم إن رجلاً رأى رجلاً واقفاً على هذه البئر، فدفعه، فسقط، فمات؛ فالضمان على الدافع، وإن كان المتسبب أخطأ بالحفر، لكن لا أثر له في هذا الدفع؛ فيكون الضمان على المباشر وحده) ا.هـ

(٣) **ابن عثيمين:** (الضمان على المنفر لأن المنفر هو الذي نفره، وقد كان القفص مفتوحاً ولم يطر) ا.هـ

(٤) **ابن عثيمين:** (فإن قال قائل: هذا الرجل إذا سقط من الشاهق؛ فسيموت، وإن لم يتلقاه أحد؛ قيل: لكن ربما لا يموت، ويقال أيضاً: إن صاحب السيف قد أصابه بسبب الموت قبل أن يصل إلى الأرض التي يموت بها لو سقط عليها؛ فتكون المباشرة سابقة على أثر السبب، وهنا لم يرتطم بالأرض، وإذا تلقاه الإنسان ولقفه لئلا يسقط على الأرض ؛ فإنه محسن بهذا التلقي) ا.هـ

فالقاتل هو الأول، وعليه الغرة، ويعزر الثاني؛ لأن الضارب ليس بمتسبب، بل هو مباشر للقتل؛ فلذلك لزمه الضمان[١].

وكذا لو رمى صيدا فأصاب مقتله، ثم رماه آخر فمات؛ فالقاتل هو الأول، فيباح الصيد بذلك، والثاني جان عليه؛ فيضمن ما خرق من جلده، هذا قول القاضي والأكثرين.

وخرجه طائفة على الخلاف في تحريم ما سقط بعد الذبح في ماء ونحوه لإعانته على قتله، وظاهر كلام الخرقي[٢] تحريمه ها هنا؛ فيضمن الثاني قيمته كاملة ويسقط منها جرح الأول[٣].

ومن صور **القسم الثاني** مسائل:

منها: إذا قدم إليه طعاما مسموما عالما به، فأكله وهو لا يعلم بالحال؛ فالقاتل هو المقدم، وعليه القصاص والدية.

ومنها: لو قتل الحاكم حدا أو قصاصا بشهادة، ثم أقر الشهود أنهم تعمدوا الكذب؛ فالضمان والقود عليهم دون الحاكم، ونقل أبو النضر العجلي عن أحمد: إذا رجم الحاكم بشهادة أربعة، ثم تبين أن المرجوم مجبوب؛ فالضمان على الحاكم. وهو مشكل؛ لأنه قد تبين كذبهم بالعيان؛ فهو كإقرارهم بتعمد الكذب، وقد يفرق بأن المجبوب لا يخفى أمره غالبا؛ فالإقدام على رجمه لا يخلو من تفريط، وبأن الشهود قد يشتبه عليهم؛ فلا يتحقق تعمدهم للكذب، وأما إن تبين أن الشهود فسقة أو كفار، وقلنا: ينقض الحكم، وكان الحق لآدمي؛ فالضمان على المحكوم له، وإن كان لله تعالى؛ فله حالتان:

إحداهما: أن يستند الحاكم في قبول الشهادة إلى تزكية من زكاهم، وفيه ثلاثة أوجه:

---

(١) **ابن عثيمين**: (لو ضرب بطن امرأة حامل فأسقطت جنينا وفيه حياة مستقرة وضربه آخر فمات نقول فالقاتل هو الأول وعليه الغرة مع أن هذا يشبه أن يكون من باب المتسبب والمباشر إذا فالضمان على الأول ويعزر الثاني لماذا؟ لأنه بمجرد الإسقاط ثبت الضمان ولولا الإسقاط ما تمكن هذا من ضربه ولا قتله فلهذا كان الضمان بإسقاطه سابق على الضمان بقتله والمسألة لا أظنها تخلو من خلاف) ا.هـ

(٢) «المغني» (٩/ ٣٠٦).

(٣) **ابن عثيمين**: (الصواب أنه للرامي الأول وأنه إذا نقص برمي الثاني فإنه يضمن النقص كما لو خرق جلده وكان جلده مما يعتد به عادة كجلد الظبي أما إذا كان جلده لا يعتد به عادة كجلد الطير فلا ضمان لكن لو أفسد الثاني اللحم بتمزيقه فعليه ضمان النقص للرامي الأول والقول الصحيح في مسألة رمي الصيد قول القاضي والأكثرين) ا.هـ

أحدها: الضمان على المزكين، قاله أبو الخطاب، وصححه صاحبا «الكافي»[1] و«الترغيب»؛ لأنهم ألجأوا الحاكم إلى الحكم، والحاكم فعل ما وجب عليه، والشهود لا يعترفون ببطلان شهادتهم؛ فتعيَّن إحالة الضمان على المزكين.

والثاني: الضمان على الحاكم وحده، قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الشهادات؛ لأنه مفرط بالحكم بشهادة من لا تجوز شهادته، وحكمه يختص بالمحكوم به، بخلاف التزكية؛ فإنها لا تختص المحكوم به.

والثالث: يخير المستحق بين تضمين من شاء من الحاكم والمزكين والقرار على المزكين، قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الحدود؛ لما ذكرنا من وجه تغريم كل منهما؛ فيخير المستحق ويستقر الضمان على المزكين لإلجائهم الحاكم إلى الحكم.

وحكي عن أبي الخطاب وجه رابع: إن الضمان على الشهود؛ كما لو رجعوا عن الشهادة، ولا تصح حكايته عنه؛ لتصريحه بخلافه، وهو غير متوجه؛ لأنهم لم يعترفوا ببطلان شهادتهم ولا ظهر كذبهم، بخلاف الراجعين عن الشهادة، ولكن ذكر القاضي وأبو الخطاب رواية: إنه لا ينقض الحكم ويضمن الشهود، وهذا ضعيف جداً.

وخرج صاحب «المحرر» في «تعليقه على الهداية» ضمان الشهود من إحدى الروايتين فيما إذا شهد أربعة بالزنا ثم بانوا فساقاً؛ فإنهم يحدون على إحدى الروايتين؛ وإن لم يعترفوا ببطلان قولهم، وهذا تخريج ضعيف؛ لأن الشهادة بالزنا قذف في المعنى موجبة للحد في نفسها؛ إلا أن يوجد معها كمال النصاب المعتبر، ولم يوجد ذلك هنا، وكذلك يجب عليهم حد القذف، سواء استوفى من المشهود عليه الحد أو لا، وليس المستوفى من الشاهد نظير المستوفى من المشهود عليه، وأما الشهادة بالمال؛ فلا يترتب عليها ضمان إلا أن ينشأ عنها غرم، ثم يتبين بطلانها؛ إما بإقرار الشاهد، أو يتبين كذبها بالعيان، ولم يوجد هنا واحد منهما.

---

(١) «الكافي» (٤/ ٥٦٥).

والحالة الثانية: أن لا يكون ثـم تزكيـة؛ فالضمـان علـى الحـاكم وحـده، ذكـره الخرقـي[١] والأصحاب لتفريطه بقبول الشهادة ممن لا تجوز قبول شهادته من غير إلجاء له إلى القبول[٢].

ومنها: المكره على إتلاف مال الغير، وفي الضمان وجهان:

أحدهما: إنه على المكره وحده، لكن للمستحق مطالبة المتلف ويرجع به على المكره؛ لأنـه معذور في ذلك الفعل؛ فلم يلزمه الضمان، بخلاف المكره على القتل؛ فإنه غـير معـذور؛ فلـهذا شاركه في الضمان، وبهذا جزم القاضي في كتاب «الأمر بالمعروف والنهي عن المنكـر»[٣] وابـن عقيل في «عمد الأدلة».

والثاني: عليهما الضمان؛ كالدية، صـرح بـه في «التلخيـص»، وذكـره القـاضي في «بعـض تعاليقه» احتمالاً، وعلل باشتراكهما في الإثم، وهذا تصريح بأن الإكـراه لا يبيـح إتـلاف مـال الغير، وكان فرض الكلام في الوديعة، وحكى احتمالاً آخر: إن الضمان علـى المتلـف وحـده، كما لو اضطر إلى طعام الغير فأكله، وهذا ضعيف جدّاً؛ لأن المضطر لم يلجئه إلى الإتـلاف مـن يُحال الضمان عليه[٤]، ولو أُكْره على تسليم الوديعة إلى غير المالك، فقال القاضي: لا ضمـان؛

---

(١) «المغني» (١٢/ ١٥١-١٥٢).

(٢) **ابن عثيمين**: (إذا حكم الحاكم ورجع الشهود؛ فالضمان على الشهود، وإذا حكم الحاكم، وتبين أن الشهود كفـار أو فساق، ولم يزكهم أحد؛ فالضمان على الحاكم، وإن زكاهم أحد؛ فالضمان على المزكيين، هـذا هـو المعروف مـن المذهب، وهناك قول: إن الضمان على الحاكم، وهناك قول ثالث: إنه يخير مـن لـه الحـق بين أن يضمـن الحـاكم أو المزكيين، وفيه قول رابع ضعيف: إن الضمان على الشهود، والأظهر أن الضمان على المزكيين؛ لأن الحاكم فعـل مـا يجب عليه بقبول شهادتهم مع تزكيتهم، وأما الشهود؛ فلا ضمان عليهم؛ لأنهم ما رجعوا عنها؛ فبقي الضمـان علـى المزكيين؛ لأن حكم الحاكم ترتب على تزكية المزكيين، ولولاهم لما حكم الحاكم؛ فالراجح في هذه المسألة أن الضمـان على المزكين) ا.هـ

(٣) ما زال مخطوطاً له نسخة في الظاهرية في ثلاثين ورقة.

(٤) **ابن عثيمين**: (إذا أكره على إتلاف مال الغير فأتلفه؛ فعلى من الضمان؟
في المسألة ثلاثة أقوال: قيل: الضمان على المكره، ويرجع بالضمان على من أكرهـه، أمـا بـالقتل، فالضمـان عليـهما جميعاً، أي: على المكرِه والمكرَه، والفرق بينهما أن حرمة النفس أعظم من حرمة المال، بل ولا يجوز إتلاف نفس الغير لإبقاء نفسه، والصواب أن الإكراه على نوعين؛ فتارة يكون المكرَه كالآلة في يد المكره، كأن يضرب به شخصـاً آخـر؛ فالضمان على المكرِه لأن المكرَه صار كالآلة، وأما مع الاختيار؛ فإن الأقرب أن يكـون الضمـان علـى المكـرَه؛ لأنـه مباشر والمكرِه متسبب، ويمكن إحالة الضمان على المباشر؛ فيكون هو الضامن) ا.هـ

لأنه ليس بإتلاف، كذا ذكره في «بعض تعاليقه»، وصرح به في «المجرد» مفرقاً بينه وبين الإكراه على القتل بأن القتل لا يعذر فيه بالإكراه، بخلاف هذا، وهذا التعليل يشمل الإتلاف أيضاً.

وتابع ابن عقيل في «الفصول» وصاحب «المغني»[(١)] القاضي في «المجرد» وفي «شرح الهداية» لأبي البركات: المذهب أنه لا يضمن؛ كما لو حلف لا يدخل الدار فدخلها مكرهاً.

وفي «الفتاوى الرَّجبيات» عن أبي الخطاب وابن عقيل الضمان مطلقاً؛ لأنه أفتدى بها[(٢)] ضرره. وعن ابن الزاغوني: أنه إن أكره على التسليم بالتهديد والوعيد؛ فعليه الضمان ولا إثم، وإن ناله العذاب؛ فلا إثم ولا ضمان.

وأشار صاحب «المحرر» في مسألة الإكراه على الأكل في الصوم من «شرح الهداية» إلى خلاف في أصل جواز تضمين المكره على إتلاف المال، وقد ذكر صاحب «المغني» في الأيمان أن المحرم إذا قتل صيداً مكرهاً؛ فضمانه على المكره له، وقد نص أحمد في «رواية ابن ثواب» على أن حافر البئر عدواناً إذا أكرهه السلطان على الحفر؛ لم يضمن، لكن هذا إكراه على السبب دون المباشرة.

وهذه النقول الثلاثة ترجع إلى أنه لا يضمن ابتداءً من لا يستقر عليه الضمان، وقد تقدم ذلك.

وأما المكرهة على الوطء في الحج والصيام إذا أفسدنا حجَّها وصيامها؛ فهل تجب عليها الكفارة في مالها، أم لا يجب عليها شيء، أو يجب على الزوج أن يتحملها عنها؟

على ثلاث روايات، وتأول بعضهم الأولى على أنها ترجع بها على الزوج، والمكره على حلق رأسه في الإحرام تجب الفدية على الحالق في أشهر الوجهين، قاله أبو بكر، والثاني على

---

(١) «المغني» (٨/ ٢١٣).

(٢) ابن عثيمين: («بها» يعني الوديعة. والمعروف أن ما يفتدى ضرره باتلاف شيء فعليه الضمان قال الله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ فهذا المحرم إذا حلق رأسه ليفتدي الأذى كالقمل فإن عليه الفدية مع أنه حق لله فكذلك إذا كان حقاً للغير من باب أولى فلو أن شخصاً أكره آخر على فعل شيء فقال له خذ هذه ألف ريال ودعني مما أكرهتني عليه، والف ريال كانت عنده وديعة فإنه يضمن لأنه افتدى بها ضرره) ا.هـ

المحلوق يرجع بها على الحالق، ذكره ابن أبي موسى وجهاً؛ لأن حلق الشعر كالإتلاف، ولهذا يستوي عمده وسهوه على المشهور.

ومن صور **القسم الثالث** مسائل:

منها: المكره على القتل، والمذهب اشتراك المكره والمكره في القود والضمان؛ لأن الإكراه ليس بعذر في القتل، وذكر القاضي في «المجرد» وابن عقيل في باب الرهن: أن أبا بكر ذكر أن القود على المكره المباشر، ولم يذكر على المكره قوداً؛ قالا: والمذهب وجوبه عليهما؛ كما نص عليه أحمد في الشهود الراجعين إذا اعترفوا بالعمد.

وقد بين القاضي في «خلافه» كلام أبي بكر، وأنه قال في الأسير إذا أكره على قتل مسلم فقتله: فعليه القود، وها هنا المكره ليس من أهل الضمان؛ لأنه حربي؛ فلذلك لم يذكر تضمينه.

وذكر ابن الصيرفي أن أبا بكر السمرقندي من أصحابنا خرج وجهاً: إنه لا قود على واحد منهما من رواية امتناع قتل الجماعة بالواحد، وأولى؛ لأن السبب ها هنا غير صالح في كل واحد منهما؛ لأن أحدهما متسبب والآخر ملجأ، وفي صورة الاشتراك هما مباشران مختاران.

ومنها: الممسك مع القاتل؛ فإنهما يشتركان في الضمان والقود على إحدى الروايتين، وفي الأخرى يختص بالقود المباشر بهما، ويحبس الممسك حتى يموت.

ومنها: لو حفر بئراً عدواناً في الطريق، فوضع آخر حجراً على جانبها؛ فهل يختص بالضمان الواضع جعلاً له؛ كالدافع، أو يشتركان فيه؛ كالممسك والقاتل؟

على روايتين، ولو كان الحافر غير متعد؛ فالضمان على الواضع وحده، وهي من صور القسم الثاني.

ومنها: لو دل المودع لصاً على الوديعة، فسرقها؛ فالضمان عليهما، ذكره القاضي وغيره؛ كما لو دل المحرم محرماً آخر على صيد فقتله، ولو دل حلالاً؛ فالضمان على المحرم وحده، وهي من صور القسم الثاني.

ومنها: لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد، وتمكن من إرساله، فلم يفعل حتى قتله محرم آخر؛

ففيه احتمالان ذكرهما القاضي في «المجرد»:

أحدهما: الضمان على القاتل؛ لأنه مباشر والأول متسبب غير ملجئ.

والثاني: الضمان عليهما على الأول باليد وعلى الثاني بالمباشرة.

ويتخرج على هذين الوجهين كل من أتلف عيناً في يد من هي مضمونة عليه باليد؛ هل يضمن المتلف وحده الجميع دون صاحب اليد، أو يجوز تضمين صاحب اليد ويرجع على المتلف؟

وفرض القاضي في «كتاب التخريج» مسألة الصيد في حالين: صاد أحدهما في الحرم صيداً، فقتله الآخر فيه، وذكر أن عليهما جزاءين كاملين: أحدهما على القاتل بقتله، والآخر على الممسك لتلفه في يده قبل إرساله، ثم يرجع الذي في يده على القاتل بما غرمه؛ لأنه قرر عليه ضماناً كان قادراً على التخلص منه بالإرسال، وصرح في أثناء المسألة بأن المغصوب إذا أتلفه متلف في يد الغاصب؛ كان المالك مخيراً في المطالبة لمن شاء منهما.

القاعدة الثامنة والعشرون بعد المئة

إذا اختلف حال المضمون في حالي الجناية والسراية.

فها هنا أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون مضموناً في الحالين، لكن يتفاوت قدر الضمان فيهما؛ فهل الاعتبار بحال السراية أو بحال الجناية؟

على روايتين.

والقسم الثاني: أن يكون مهدراً في الحالين؛ فلا ضمان بحال.

والثالث: أن تكون الجناية مهدرة والسراية في حال الضمان؛ فتهدر تبعاً للجناية بالاتفاق.

والرابع: أن تكون الجناية في حال الضمان والسراية في حال الإهدار؛ فهل يسقط الضمان أم لا؟

على وجهين.

فأما القسم الأول؛ فله أمثلة:

منها: لو جرح ذمياً، فأسلم ثم مات؛ فلا قود، وهل تجب فيه دية مسلم أو دية ذمي؟

على وجهين، اختار القاضي وأبو الخطاب وجوب دية ذمي اعتباراً بحال الجناية، وابن حامد وجوب دية مسلم، وذكر ابن أبي موسى أنه نص أحمد وبكل حال؛ فالدية تكون لورثته من المسلمين؛ لأنه استحق أرش جرحه حياً، فملكه ثم أسلم ومات؛ فانتقل ما ملكه إلى ورثته المسلمين، ذكره القاضي في «خلافه» وأبو الخطاب في «الانتصار».

ومنها: لو جرح عبداً، ثم أعتق، ثم مات من الجرح؛ فهل يضمن بقيمته أو بديته؟

على روايتين، نقل حنبل عن أحمد: يضمنه بقيمته لا بالدية. وكذلك ذكره أبو بكر في «خلافه»، ونصره القاضي في «الخلاف» أيضاً.

ونقل ابن منصور عنه فيمن ضرب بطن أمة، فأُعتقت، ثم أسقطت جنيناً حيّاً، ثم مات: هو حر، وعليه ديته؛ لأن العتق لا يجب إلا بالولادة. وهذا اختيار ابن حامد، حكاه عنه القاضي: إنه يجب أقل الأمرين من قيمة العبد أو الدية.

وحكى أبو الخطاب عن القاضي: إن ابن حامد أوجب دية حر للمولى منها أقل الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة والباقي لورثته.

وذكر القاضي في «المجرد» احتمالاً بوجوب أكثر الأمرين من القيمة أو الدية.

وذكر ابن أبي موسى أن المنصوص في الذمي إذا أسلم وجوب دية مسلم، وفي العبد إذا عتق قيمة عبد، ثم خرج المسألتين على روايتين، وعلى الأولى؛ فجميع القيمة للسيد، ذكره أبو بكر والقاضي والأصحاب؛ لأن السراية لا تثبت منفردة، وإنما تجب تابعة للجناية، وقد ثبت أرش الجرح للسيد حين كان المجروح عبداً لا يملك؛ فتتبع السراية الجناية، ويكون أرشها لمستحق أرش الجناية، وهو السيد، وهكذا لو باعه المولى بعد الجرح، ثم مات عند المشتري؛ فالقيمة كلها للأول، ذكره القاضي.

وذكر ابن الزاغوني في «الإقناع» فيما إذا قطع يدي عبد وقيمته ألفا دينار، فأعتقه سيده ثم مات؛ احتمالين:

أحدهما: إن الألفين بين السيد والورثة نصفين توزيعاً للقيمة على السراية والجناية.

والثاني: يقسم بينهما أثلاثاً؛ لأن للسيد ما يقابل اليدين، وهو كمال الدية، وللورثة كمال الدية، وهي بقدر نصف القيمة، ولا قصاص على الحر المسلم في هذه المسألة والتي قبلها؛ لانتفاء المكافأة حال الجناية.

وفرق القاضي في «المجرد» وابن عقيل في موضعين بين مسألة العبد والذمّيّ، قال في «المسودة»: «لا أعلم للتفرقة وجهاً»، واضطرب كلام أبي الخطاب في «الهداية» فيها في مواضع.

تنبيه:

ذكر القاضي في «خلافه» أن رواية الضمان بدية حر، نقلها حرب عن أحمد، وتبعه صاحب

«المحرر»[1] وزاد: إن للسيد منها أقل الأمرين، ولم ينقل حرب شيئاً من ذلك، وإنما نقل: إنه ذكر له قول الزهري: يضمنه بقيمة مملوك؛ فقال: ما أدري كيف هذا؟ ولم يجب فيه بشيء، وهذا يدل على أنه أنكر ضمانه بالقيمة، وإنما نقل ابن منصور عن أحمد أنه يضمنه بدية حر كاملة باللفظ الذي زعم القاضي أن حرباً نقله.

ومنها: لو ضرب بطن أمة حامل، فأعتقت أو جنينها، ثم ألقته ميتاً؛ فهل يضمنه بغرة جنين حر أو بقيمة جنين أمة؟

على وجهين: وكذلك لو ضرب بطن نصرانية حامل بنصراني، ثم أسلمت، ثم ألقت جنيناً ميتاً؛ هل يضمنه ضمان جنين مسلم أو ذمي؟

على الوجهين.

ومنها: لو قطع يدي عبد وقيمته ألفان، ثم سرت إلى نفسه ومات وقيمته ألف؛ فقال القاضي في «خلافه»: قياس المذهب أنه يضمنه بألفين؛ لأن نقصان القيمة كنقصان بدله بالحرية، وقد قلنا: يضمن بألفين إذا عتق، كذلك هنا. قال: وهذا موضع مجمع عليه؛ لأن موته حصل بقطع يده وقيمته في تلك الحال ألفان.

ويلتحق بهذا ما إذا جرح ذمي خطأً، ثم أسلم وسرى الجرح إلى النفس، وفيه ثلاثة أوجه مذكورة في «المغني» و «المحرر»[2]:

أحدها: الدية على عاقلته حال الجرح، وبه جزم في «الكافي» و «المحرر»[3] اعتباراً بحال الجناية.

والثاني: على عاقلته أرش الجرح، والزائد بالسراية في ماله؛ لأنه حصل بعد مخالفته لدين عاقلته.

---

(١) «المحرر» (٢/ ١٤٦).

(٢) «المغني» (٨/ ٣٠٢)، «المحرر» (٢/ ١٥٠).

(٣) «الكافي» (٤/ ٧٩)، «المحرر» (٢/ ١٥٠).

والثالث: الدية كلها في ماله؛ كما لو اختلفت ديته حال الرمي والإصابة على ما يأتي ذكره؛ لأن أرش الجرح إنما يستقر بالاندمال أو السراية، ولو كان الجاني ابن معتقة لقوم، ثم انجز ولاؤه إلى موالي أبيه؛ ففي «المحرر»[1]: هو على هذا الخلاف، وفي «الكافي»: الدية في ماله. ولم يذكر خلافاً.

وأما **القسم الثاني**؛ فمن أمثلته: ما إذا جرح عبداً حربيّاً ثم عتق ثم مات، أو جرح عبداً مرتدّاً ثم عتق ثم مات؛ فلا ضمان لأن الحربي والمرتد لا يضمن، حرّاً كان أو عبداً.

وأما **القسم الثالث**؛ فله أمثلة:

منها: لو جرح حربيّاً، ثم أسلم، ثم مات؛ فلا ضمان.

ومنها: لو جرح مرتدّاً، ثم أسلم، ثم مات؛ فلا ضمان أيضاً.

وذكر صاحب «الترغيب» أن الضمان هنا مخرج على الضمان فيما إذا طرأ الإسلام بعد الرمي وقبل الإصابة.

ومنها: لو جرح صيداً في الحل، ثم دخل الحرم فمات فيه؛ فلا ضمان، ويحل أكله؛ لأنه ذكاة في الحل، ذكره القاضي ونص عليه أحمد في «رواية ابن منصور»، وقد سأله عن قول سفيان في صيد رمي في الحل، فتحامل، فدخل الحرم، فمات؛ قال: ليس عليه كفارة، ويكره أكله، لأنه مات في الحرم. قال أحمد: ما أحسن ما قال! وهذه الكراهة كراهة تنزيه.

ومنها: لو جرح عبد نفسه، ثم عتق، ثم مات؛ فهل يضمنه أم لا؟

على وجهين ذكرهما في «الترغيب»؛ لأن عبد نفسه إنما يهدر ضمانه على السيد دون غيره؛ فهو مضمون في الجملة، بخلاف المرتد والحربي، وظاهر كلام القاضي أنه يضمنه بدية حر، وأما على قول أبي بكر: إن الضمان بالقيمة؛ فلا إشكال في عدم ضمانه، ولهذا خرجه صاحب «الكافي»[2] على الوجهين في الاعتبار بحال الجناية أو السراية.

---

(١) «المحرر» (٢/ ١٤٩).

(٢) «الكافي» (٤/ ٨٠).

وأما **القسم الرابع**؛ فله أمثلة:

منها: لو جرح مسلماً أو قطع يده عمداً، فارتد ثم مات؛ فهل يجب القود في طرفه أم لا؟

على وجهين، المرجح منهما عدمه؛ لأن الجراحة صارت نفساً لا قود فيها بالاتفاق، وفي «الترغيب»: أصل الوجهين الخلاف فيما إذا قطع يده عمداً، فسرت إلى نفسه؛ هل يقتص في الطرف ثم في النفس، أم في النفس فحسب وعلى وجه ثبوت القود؛ هل يستوفيه الإمام أو وليه المسلم؟

على وجهين، والمحكي عن أبي بكر: أنه يستوفيه الولي.

قال في «الترغيب»: أصلهما أن ماله هل هو فيء أو لورثته؟ وهو ظاهر كلام الآمدي. قال في «الترغيب»: وعلى القول بأن الوارث يستوفيه لو عفا على مال؛ لم يكن له المال لامتناع إرثه.

وفي «المحرر»[1] وجهان على قولنا: ماله فيء.

وأما ضمان طرفه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا ضمان أيضاً؛ لأن الجناية صارت نفساً مهدرة.

والثاني: يضمن؛ لثبوت ضمان الطرف قبل الردة.

ثم هل يضمن بأقل الأمرين من دية النفس أو الطرف، أو بدية الطرف مطلقاً؟

على وجهين، المرجح منهما الأول، ولم يذكر في «المحرر» سواه.

ومنها: لو جرح صيداً في الحرم، فخرج إلى الحل، فمات؛ لزمه كمال ضمانه، ذكره القاضي وأبو الخطاب في «خلافيهما»؛ تغليباً لضمان الصيد حيث كان له حالان يضمن في أحدهما دون الآخر؛ كالمتولد بين مأكول وغيره، ويتوجه أن يضمن أرش جرحه خاصة من المسألة التي قبلها.

---

(١) «المحرر» (٢/ ١٦٨).

القاعدة التاسعة والعشرون بعد المئة

إذا تغير حال المرمي أو الرامي بين الرمي والإصابة؛ فهل الاعتبار بحالة الإصابة أم بحالة الرمي، أم يفرق بين القود والضمان، أم بين أن يكون الرمي مباحا أو محظورا؟

فيه للأصحاب أوجه، ويتفرع على ذلك مسائل:

منها: لو رمى مسلم ذميا أو حر عبدا، فلم يقع بهما السهم حتى أسلم الذمي وعتق العبد ثم ماتا؛ فهل يجب القود أم لا؟

على وجهين:

أحدهما: لا يجب، وهو قول الخرقي وابن حامد، وصححه القاضي؛ لفقد التكافؤ حين الجناية، وهو حالة الإرسال؛ فهو كما لو رمى إلى مرتد فأسلم قبل الإصابة.

والثاني: يجب، وهو قول أبي بكر، وأخذه مما روى الحسن بن محمد بن الحارث عن أحمد في رجل أرسل سهما على زيد، فأصاب عمرا؛ قال: هو عمد، عليه القود. فاعتبر الرمي المحظور إذا أصاب به معصوما؛ وإن كان غير المقصود.

وفرق أبو بكر بين رمي المرتد والذمي: بأن رمي المرتد مباح، ورده القاضي بأن رميه إلى الإمام لا إلى آحاد الناس؛ فهو غير مباح لآحادهم، وأما النص المذكور؛ فلم يجب عنه القاضي، ويمكن الجواب عنه: بأنه قصد هناك مكافئا وأصاب نظيره، وهنا لم يقصد مكافئا.

وقد خرج صاحب «الكافي» وجوب القصاص في مسألة النص على قول أبي بكر، وقد تبين أنها أصله، وأما صاحب «المحرر»؛ فجعله خطأ بغير خلاف؛ لأنه أصاب من لم يقصده؛ فأشبه ما إذا قصد صيدا، وهذا ضعيف؛ لأنه قصد معصوما فأصاب نظيره، بخلاف من قصد صيدا، ولهذا لو قصد صيدا معينا فأصاب غيره؛ حل، بخلاف ما إذا رمى هدفا يعلمه فأصاب صيدا؛ فإنه لا يحل، أما لو ظن الهدف صيدا فأصاب صيدا؛ فوجهان، وقد يتخرج ها هنا مثلهما لو رمى هدفا يظنه آدميا معصوما، فأصاب آدميا معصوما غيره لأن أصل الرمي كان محظورا؛ فهذا الكلام في

القود، وأما الضمان؛ فيضمنه بدية حر، ذكره الخرقي والقاضي والأكثرون، ولم يحكوا فيه خلافاً؛ حتى نقل صاحب «الترغيب» اتفاق الأصحاب على ذلك اعتباراً بحالة الإصابة؛ فإنه إنما أصاب حرّاً مسلماً، وتكون دية المعتق لورثته دون السيد، ذكره القاضي.

ومنها: لو رمى إلى مرتد أو حربي فأسلما، ثم وصل إليهما السهم فقتلهما؛ فلا قود بغير خلاف؛ لأن دمهما حال الرمي كان مهدراً، وهل يجب الضمان؟

فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وجوبه فيهما، قاله القاضي في «خلافه» و الآمدي وأبو الخطاب في موضع من «الهداية» وعزاه غير واحد إلى الخرقي اعتباراً بحالة الإصابة، وهما حينئذ مسلمان معصومان، ولا أثر لانتفاء العصمة حال السبب؛ كما لو حفر بئراً لهما فوقعا فيها بعد إسلامهما؛ فإنه يضمنهما بغير خلاف، ذكره القاضي وغيره؛ قال القاضي: ولا نسلم أن رمي الحربي والمرتد مباح مطلقاً، بل هو مراعاً، فإن أسلم قبل الوقوع؛ تبينا أنه لم يكن مباحاً.

والثاني: لا ضمان فيهما، وهو أشهر، وحكاه القاضي في روايتيه عن أبي بكر في المرتد، وقال: لا خلاف فيه في المذهب؛ لأن رميهما كان مأموراً به، وقد حصل على وجه لا يمكن تلافيه؛ فأشبه ما إذا جرحهما ثم أسلما.

والثالث: يضمن المرتد دون الحربي، وأصل هذا الوجه طريقة القاضي في «المجرد» وابن عقيل وأبي الخطاب في موضع من «الهداية»: إنه لا يضمن الحربي بغير خلاف، وفي المرتد وجهان. والفرق إن المرتد قتله إلى الإمام؛ فالرامي إليه متعد؛ فهو كالرامي إلى الذمي، بخلاف الحربي؛ فإن لكل أحد قتله؛ فرميه ليس بعدوان، أما عكسه، وهو لو رمى إلى معصوم، فأصابه السهم وهو مهدر الدم؛ كمسلم ارتد، أو ذمي نقض العهد بين الرمي والإصابة؛ فلا ضمان، بغير خلاف أعلمه بين الأصحاب؛ لأن الإصابة لم تصادف معصوماً؛ فهو كما لو رمى معصوماً، فأصابه السهم بعد موته، وكذلك لو رمى عبداً قيمته عشرون ديناراً، فأصابه السهم وقيمته عشرة؛ فإنه يضمنه بقيمته وقت الإصابة لا وقت الرمي بغير خلاف، ذكره القاضي وغيره.

ومنها: لو رمى الذمي سهماً إلى صيد فأصاب آدمياً، وقد أسلم الرامي؛ فقال الآمدي: يجب

ضمانه في ماله؛ لأنه لم يكن مسلماً حال الرمي لتعقله عاقلته المسلمون، ولا يجب على عاقلته من أهل الذمة؛ لأنه حين الإصابة كان مسلماً، وبذلك جزم صاحب «المحرر» و«الكافي»[1]، وكذلك حكم ما إذا رمى ابن معتقة، فلم يُصَب حتى انجر ولاؤه إلى موالي أبيه، ولو رمى مسلم سهماً ثم ارتد ثم أصاب سهمه فقتل؛ فهل تجب الدية في ماله اعتباراً بحال الإصابة، أم على عاقلته اعتباراً بحال الرمي؟

على وجهين ذكرهما صاحب «المستوعب».

ويتخرج منهما في المسألتين الأولتين وجهان أيضاً:

أحدهما: إن الضمان على أهل الذمة وموالي الأم.

والثاني: إنه على المسلمين وموالي الأب.

ومنها: لو رمى الحلال إلى صيد ثم احرم قبل أن يصيبه؛ ضمنه، ولو رمى المحرم إلى صيد ثم أحل قبل الإصابة؛ لم يضمنه اعتباراً بحال الإصابة فيهما، ذكره القاضي في «خلافه» في الجنايات، قال: ويجيء على قول أحمد فيمن رمى طيراً على غصن في الحل أصله في الحرم: أن يضمن هنا في الموضعين تغليباً للضمان. انتهى.

ويتخرج عدم الضمان فيما إذا رمى وهو محل ثم أحرم من عدم ضمان الحربي إذا أسلم قبل الإصابة؛ اعتباراً بإباحة الرمي؛ إلا أن يفرق بأن قصد الإحرام عقيب الرمي تسبب إلى الجناية على الصيد فيه، ولا سيما إن قصد الرمي قبيل الإحرام لذلك.

ومنها: لو رمى الحلال من الحل صيداً في الحرم، فقتله، فعليه ضمانه على المنصوص، قال أحمد في «رواية ابن منصور» في رجل رمى صيداً في الحل فأصابه في الحرم؛ قال: عليه جزاؤه. وقال أيضاً في روايته: وذكر له قول سفيان: لو رمى شيئاً في الحل، فدخلت رميته في الحرم فأصابت شيئاً؛ ضمن لأن يده التي جنت. قال أحمد: ما أحسن ما قال!

---

(١) «المحرر» (٢/ ١٤٩)، «الكافي» (٤/ ١٢٤).

وكذلك نص أحمد في «رواية ابن منصور»: في شجرة في الحل غصنها في الحرم عليه طير؛ لا يرمى. ولم يفصل بين رميه من الحل والحرم، وبهذا جزم ابن أبي موسى والقاضي والأكثرون، ولم يذكر القاضي في «خلافه» سواه؛ لأنه صيد معصوم بمحله؛ فلا يباح قتله بكل حال، وفيه الضمان.

وذكر القاضي في «المجرد» وأبو الخطاب وجماعة رواية أخرى: إنه لا يضمنه اعتباراً بحال الرامي ومحله، وهو ضعيف، ولا يثبت عن أحمد، وإنما أخذه القاضي من «رواية ابن منصور» في إباحة الاصطياد بالكلب وإرساله من الحرم إلى الحل؛ قال: فظاهر هذا أنه متى كان أحدهما في الحل والآخر في الحرم؛ فلا ضمان، ولا يصح؛ لوجهين:

أحدهما: أن النص في الكلب، والكلب له فعل اختياري، فإذا أرسله في الحرم على صيد في الحل؛ فهو بمنزلة من وكل عبده في الحرم في شراء صيد من الحل وذبحه فيه، وهذا بخلاف ما إذا أرسل سهمه؛ لأنه منسوب إلى فعله، ولهذا فرق أحمد في «رواية ابن منصور» بين أن يرسل سهمه من الحل إلى صيد في الحل، فيدخل الحرم، فيقتل فيه، فيضمنه، وبين أن يرسل الكلب، فلا يضمن؛ لأن دخول الكلب إلى الحرم باختياره ودخول السهم بفعل الرامي، ولهذا لو أصاب سهمه هذا آدمياً؛ لضمنه، ولو أصاب الكلب آدمياً؛ لم يضمنه، وإلى هذا التفريق أشار ابن أبي موسى؛ حيث ضمن في رمي السهم في المسألتين، ولم يضمن من صيد الكلب إذا أرسله في الحل فصاد في الحرم؛ إلا أن يرسله بقرب الحرم، وأما إن أرسله في الحرم فصاد في الحل؛ فحكى فيه روايتين؛ قال: والأظهر عنه أن لا جزاء فيه، ولكن القاضي إنما صرح بالخلاف في الكلب، وأبو الخطاب هو الذي طرد الخلاف في السهم.

والوجه الثاني: إن هذا النص إنما يدل على انتفاء الضمان فيما إذا أرسل سهمه من الحرم على صيد في الحل؛ لأن صيد الحل غير معصوم؛ فلا يصح إلحاق صيد الحرم به.

وقد فرق طوائف من الأصحاب بين الصورتين؛ فمنهم من جزم بنفي الضمان فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل وبالضمان في العكس، من غير خلاف حكاه فيهما، وهو الشيرازي في «المبهج»، ومنهم من حكى الخلاف فيهما وصحح الفرق، وهو صاحب

«المغني»[(١)]، ومنهم من حكى الخلاف فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل ولم يحك الخلاف في ضمان عكسه، وهو القاضي في «خلافه»، وأخذ نفي الضمان في الصورة الأولى من «رواية ابن منصور» المذكورة والضمان من «رواية ابن منصور» أيضاً عن أحمد فيمن قتل صيداً على غصن في الحل أصله في الحرم: إنه يضمنه.

وفي أخذ الضمان من هذا نظر؛ فإن الغصن تابع لمحل معصوم، وهو أصل الشجرة الذي في الحرم؛ فكان حكمه حكم الحرم، بخلاف الحل، ولهذا؛ لم يفرق أحمد بين قتله من الحل أو من الحرم؛ فدل على أن حكم الغصن عنده حكم الحرم.

ونقل ابن منصور عنه أيضاً وذكر له قول سفيان في شجرة أصلها في الحل وأغصانها في الحرم وعليها طير، فرماه إنسان، فصرعه؛ قال: ما كان في الحل؛ فليرم، وما كان في الحرم؛ فلا يرم. قال أحمد: ما أحسن ما قال!

فجعل القاضي هذه رواية ثانية مخالفة للأولى، وحكى في الصيد الذي على غصن في الحل أصله في الحرم روايتين، وليس كذلك، فإن أحمد ضمن الصيد في الأولى؛ إلحاقاً للفرع بأصله في الحرمة، ولم يضمن في الثانية؛ إلحاقاً للفرع بأصله في عدم الحرمة، وإنما ضمن ما كان على الغصن الذي في الحرم؛ لأنه في هواء الحرم؛ فهو معصوم بمحله، وهو الحرم، وجعل ابن أبي موسى الغصن تابعاً لقراره من الأرض دون أصله، وهو مخالف لنص أحمد؛ لأنه في هواء الحرم.

ومنها: هل الاعتبار في حل الصيد بأهلية الرامي وسائر الشروط حال الرمي أو الإصابة؟

فيه وجهان:

أحدهما: الاعتبار بحال الإصابة، وبه جزم القاضي في «خلافه» في كتاب الجنايات وأبو الخطاب في «رؤوس مسائله»، فلو رمى سهماً وهو محرم أو مرتد أو مجوسي ثم وقع السهم بالصيد وقد حل أو أسلم؛ حل أكله؛ ولو كان بالعكس؛ لم يحل، وقد سبق الخلاف في المحرم.

والثاني: الاعتبار بحال الرمي، قاله القاضي في «خلافه» في كتاب الصيد، وأخذه من نص

---

(١) «المغني» (٣/ ١٦٧).

أحمد في «رواية يوسف بن موسى» في رجل رمى بنشاب وسمى، فمات الرامي قبل أن يصيب؛ فلا بأس بأكله إذا رماه بما يجرح، وفرع عليه: ما إذا رمياه جميعاً، فأصابه سهم أحدهما أولاً فأثخنه، ثم أصابه سهم الآخر فقتله؛ أنه يجوز أكله؛ لأن الثاني أرسل سهمه قبل امتناعه والقدرة عليه؛ قال: وقد أومأ إليه أحمد في «رواية محمد بن الحكم» في رجلين رميا صيداً فأصاباه جميعاً، فإن كانا قد ذكياه جميعاً؛ أكلاه، قال القاضي: معناه إذا كانا رمياه جميعاً بما له حَدٌّ، ولم يفرق بين أن يتقدم إصابة أحدهما على الآخر أو يتأخر. انتهى.

ومما يتفرع على ذلك التسمية؛ فأنها تشترط عند الإرسال، ولو سمى بعد إرساله؛ فإن انزجر بالتسمية وزاد جريه؛ كفى، وإلا؛ فلا، نص عليه في «رواية الميموني»، وقال القاضي في كتاب الجنايات: إنما اعتبرت التسمية وقت الإرسال؛ لمشقة معرفة وقت الإصابة، وهذا مشعر بأنه لو سمى عند الإصابة مع العلم بها؛ لأجزأ.

القاعدة الثلاثون بعد المئة

المسكن والخادم والمركب المحتاج إليه ليس بمال فاضل يمنع أخذ الزكوات، ولا يجب به الحج والكفارات، ولا توفى منه الديون والنفقات.

نص على ذلك أحمد في مسائل:

منها: الزكاة، قال أبو داود: سئل أحمد عن رجل له دار: يقبل من الزكاة؟ قال: نعم. قلت: هي دار واسعة. قال: أرجو أن لا يكون به بأس. قيل له: له فرس. قال: فإن كان له خادم؟ قال: أرجو. قيل: إن كان يغزو عليه في سبيل الله؛ فأرجو أن لا يكون به بأس. وقال جعفر ابن محمد: سئل أبو عبد الله عن رجل عنده جارية تساوي مئة دينار يحتاج إليها للخدمة: يأخذ من الزكاة؟ قال: نعم. وسئل عن الدار؛ قال: إذا لم يكن فضل كثير ما يحتاج إليه؛ يعطى. وقال في «رواية ابن الحكم»: يعطى من الزكاة صاحب المسكن؛ وإن كان له مسكن يفضل عنه.

ويتفرّع على هذا: أن العَرْض الذي لا يباع على المفلس في دينه إذا كان يفي بدين صاحبه وبيده نصاب؛ فإنه لا يجعل الدين في مقابلته حتى يزكي النصاب بغير خلاف؛ لأنه لا يجب صرفه إلى جهة الدين ووفاؤه منه، وأما ما يباع على المفلس؛ فهل يجعل الدين في مقابلته ويزكي النصاب؟

على روايتين.

ومنها: الحج، قال أحمد في «رواية الميموني»: إذا كان المسكن والمسكنين والخادم، أو الشيء الذي يعود به على عياله؛ فلا يباع إذا كان كفاية لأهله، وقد تكون المنازل يكريها، إنما هي قوته وقوت عياله، فإذا خرج عن كفايته ومؤنته ومؤنة عياله؛ باع، والضيعة مثل ذلك، إذا كان فضلاً عن المؤنة؛ باع. وقال في «رواية ابن الحكم»: إذا كان لرجل أرض؛ فلا أرى أن يبيع ويحج، ولا يجب عليه عندي إلا أن يشاء. قال أصحابنا: لا فرق بين أن يكون المسكن والخادم في ملكه، أو بيده نقد يريد شراءهما به في هذا الباب.

ومنها: المفلس، ولأحمد فيه نصوص كثيرة: إنه لا يباع المسكن إلا أن يكون فيه فضل؛ فيباع

الفضل، ويترك له بقدر الحاجة منه، نص عليه في «رواية أبي الحارث» و «أبي طالب».

وأما الخادم؛ فلا يباع عليه إذا كان محتاجاً إليه لزمن أو كِبر أو حاجة غيرهما، نص عليه أحمد في «رواية عبد الله»[1] و«أبي طالب» وغيرهما، وقال في «رواية إسماعيل بن سعيد»: إذا كان مسكناً واسعاً نفيساً أو خادما نفيساً؛ يشترى له ما يقيمه، ويجعل سائره للغرماء. وكذلك نقل عنه موسى بن سعيد، ولا فرق بين أن يكون المسكن والخادم في ملكه أو يحتاج إليهما؛ فيترك له ثمنهما على ظاهر كلام الأصحاب؛ فإنهم قالوا: و كان مسكنه وثيابه عين مال رجل؛ رجع بها، وترك له بدلها من بقية المال؛ ليشتري له منه إن لم يكن فيه من جنسها؛ لأن حق الغريم يتعلق بعين ماله، بخلاف المفلس؛ فإن حاجته تندفع بغيرها، أما إن لم يكن للمفلس سواها، وهي عين مال رجل، وكان الشراء قبل الإفلاس؛ لم يؤخذ منه، وإن كان بعده؛ ففي «الكافي»[2]: يحتمل أن يؤخذ منه؛ لئلا يؤدي إلى الحيلة على أخذ أموال الناس.

والمراد: أنه إذا استدان المعسر ما اشترى به هذه الأعيان؛ أنها تؤخذ منه.

ومنها: الشريك في عبد إذا أعتق حصته وليس له سوى دار وخادم؛ فهو معسر، لا يعتق عليه سوى حصته، ولا يباع ذلك في قيمة حصة شريكه، قال ابن منصور: قلت لأحمد: من أعتق شقصاً في عبد ضمن إن كان له مال؟ قال: عتق كله في ماله إن كان له مال. قلت: كم قدر المال؟ قال: لا يباع فيه دار ولا رباع، ولم يقم لي علي شيء معلوم. قال القاضي: معناه: لا يباع ما لا غنى له عن سكناه؛ كالمفلس.

ومنها: التكفير بالمال لا يباع فيه المسكن ولا الخادم، ذكره القاضي والأصحاب، وقالوا: يباع فيه الفاضل من ذلك حتى لو كان له رقبة نفيسة يمكن أن يشتري بثمنها رقبتان، فيستغني بخدمة إحداهما ويعتق الأخرى؛ لزمه ذلك، وهكذا الدار والملابس، وأما إن وجب عليه التكفير وله خادم لا يحتاج إليه ثم احتاج إليه قبل التكفير؛ فمن الأصحاب من جزم هنا بلزوم العتق لأنه بمثابة من كان موسراً حال الحنث ثم أعسر قبل التكفير، فإن العتق يستقر في ذمته.

(١) مسائل أحمد لابنه عبدالله (ص٢٩٦).

(٢) «الكافي» (٢/ ١٧٤-١٧٥).

ومنها: نفقة الأقارب، قال أبو طالب: قيل لأحمد: فإن كان له دار يبيعها وينفق على ابنه؟ قال: لا بد له من مسكن، إن كان له فضل عن مسكنه وفضل عن نفقة عياله؛ فلينفق عليهم، وإن لم يكن له فضل ولا سعة؛ فلا ينفق عليهم.

وصرّح صاحب «الترغيب» بأن نفقة القريب لا يباع فيها إلا ما يباع على المفلس في دينه، وهكذا ينبغي أن يكون حكم الجزية والخراج والعاقلة، وذكر الآمدي: إن من وجبت عليه نفقة قريبه، فغيب ماله وامتنع منها ووجد له الحاكم عقاراً؛ فله بيعه والنفقة منه على أقاربه. وكذا ذكر صاحب «المغني»[1] في نفقة الزوجة والأولاد، ولعل المراد بذلك العقار الذي لا يحتاج إليه للسكنى، أو أن هذا يختص بالممتنع من النفقة مع قدرته عليها للضرورة، حيث لم يقدر له على غير عقاره.

(١) «المغني» (٨/ ١٦٤).

القاعدة الحادية والثلاثون بعد المئة

القدرة على اكتساب المال بالبضع ليس بغنى معتبر.

صرح به القاضي في «خلافه»، وفرع عليه مسائل:

منها: إذا فلست المرأة وهي ممن يرغب في نكاحها؛ لم تجبر على النكاح لأخذ المهر بغير خلاف.

ومنها: إنه لا يجب عليها نفقة الأقارب بقدرتها على النكاح وتحصيل المهر.

ومنها: إنه لا تمنع من أخذ الزكاة بذلك أيضاً.

ومنها: لو كان للمفلس أم ولد؛ لم يجبر على إنكاحها وأخذ مهرها؛ وإن كان يجبر على إجارتها وأخذ أجرتها.

القاعدة الثانية والثلاثون بعد المئة

القدرة على اكتساب المال بالصناعات غنى بالنسبة إلى نفقة النفس، ومن تلزم نفقته من زوجة وخادم، وهل هو غنى فاضل عن ذلك؟

على روايتين، ويتفرع على ذلك مسائل:

منها: القوي المكتسب لا يباح له أخذ الزكاة بجهة الفقر؛ فإنه غني بالاكتساب، وهل له الأخذ للغرم إذا كان عليه دين؟

على وجهين:

أحدهما: له ذلك، قاله القاضي في «خلافه» وابن عقيل في «عمده» في الزكاة، وكذلك ذكراه في «المجرد» و«الفصول» في باب الكتابة.

والثاني: لا يجوز، وبه جزم الشيخ مجد الدين في «شرح الهداية»، وهذا الخلاف راجع إلى الخلاف في إجباره على الكسب لوفاء دينه؛ كما سنذكره إن شاء الله تعالى.

والأول ظاهر كلام أحمد؛ لأنه أباح السؤال للمكاتب، وقال: هو مغرم، ويباح له الأخذ من الزكاة مع قوته واكتسابه مع أن دينه لا يجبر على الكسب لوفائه على المذهب، فمن عليه دين؛ يجبر على الكسب لوفائه أولى بالأخذ.

ومنها: وجوب الحج على القوي المكتسب، فإن كان بعيداً عن مكة؛ فالمذهب انتفاء الوجوب، وإن كان قريباً؛ فوجهان.

وقال الشيخ مجد الدين: يتوجه على أصلنا في البعيد أن يجب عليه الحج إن كان قادراً على التكسب في طريقه، كما يجبره على الكسب لوفاء دينه، ولكن يمكن الفرق بأن حقوق الله مبنية على المسامحة، بخلاف حقوق الآدميين، ولهذا لا يجب عليه التكسب لتحصيل مال يحج به ولا يعتق منه في الكفارة.

ومنها: وفاء الديون، وفي إجبار المفلس على الكسب للوفاء روايتان مشهورتان، فأما المكاتب؛ فلا يجبر على الكسب لوفاء دينه على المذهب المشهور؛ لأنه دين ضعيف، وخرج ابن عقيل وجهاً بالوجوب كسائر الديون.

ومنها: إن القدرة على الكسب بالحرفة يمنع وجوب نفقته على أقاربه، صرح به القاضي في «خلافه»، وكذا ذكر صاحب «الكافي»[1] وغيره، وأما إن لم يكن له حرفة وهو صحيح؛ فهل تجب له النفقة؟

حكى أبو الخطاب روايتين، وخصهما القاضي بغير العمودين، وأوجب نفقة العمودين مطلقاً مع عدم الحرفة، وفرق في زكاة الفطر من «المجرد» بين الأب وغيره؛ فأوجب النفقة للأب بكل حال، وشرط في الابن وغيره الزمانة.

وأما وجوب النفقة على أقاربه من الكسب؛ فصرح القاضي في «خلافه» وفي «المجرد» وابن عقيل في «مفرداته» وابن الزاغوني والأكثرون بالوجوب، قال القاضي في «خلافه»: وظاهر كلام أحمد: لا فرق في ذلك بين الوالدين والأولاد وغيرهم من الأقارب.

وخرج صاحب «الترغيب» المسألة على روايتين من اشتراط انتفاء الحرفة للإنفاق، وهو ضعيف، وأظهر منه أن يخرج على الخلاف في إجبار المفلس على الكسب لوفاء دينه.

ومنها: إن الفقير المكتسب؛ هل يتحمل العقل مع العاقلة؟

فيه روايتان.

ومنها: الجزية؛ هل تجب على الفقير المكتسب؟

على روايتين، أشهرهما الوجوب.

---

(١) «الكافي» (٣/ ٣٧٤-٣٧٥).

القاعدة الثالثة والثلاثون بعد المئة[١]

يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً.

في مسائل:

منها: شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب ولا يثبت النسب بشهادتهن به استقلالاً.

ومنها: شهادة النساء على إسقاط الجنين بالضربة يوجب الغرة إن سقط ميتاً والدية إن سقط حيّاً.

ومنها: شهادة امرأة على الرضاع تقبل على المذهب، ويترتب على ذلك انفساخ النكاح.

ومنها: لو شهد واحد برؤية هلال رمضان، ثم أكملوا العدة ولم يروا الهلال؛ فهل يفطرون أم لا؟

---

(١) **قال السعدي:** (يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً وذلك أن المسائل والصور التابعة لغيرها يشملها حكم متبوعها فلا تفرد بحكم، فلو أفردت بحكم لثبت لها حكم آخر. وهذا هو الموجب لكون كثير من التوابع تخالف غيرها.

فيقال فيها: إنها ثابتة على وجه التبع. ولذلك أمثلة كثيرة.

منها: كثير من أفعال الصلاة وترتيبها لو فعلها المصلي وحده أبطلت الصلاة. فإذا كان مع الإمام وجب عليه متابعة إمامه وسقط وجوب المذكورات لأجل المتابعة. كالمسبوق بركعة في رباعية محل تشهد الأول بعد ما يصلي واحدة. ولو سها إمامه لزمه المأموم متابعته في سجود السهو ولو لم يسْهَ المأموم. لكن وجب عليه تبعاً لإمامه.

ومنها: إذا بدا صلاح الثمر جاز بيع الجميع. وكان الذي لم يبد صلاحه تابعاً لما بدا صلاحه. وكذلك لا يجوز بيع المجهولات التي لم توصف ولم يرها المشتري، لكنها إذا كانت تابعةً لغيرها جاز ذلك. كأساسات الحيطان إذا بيعت الدار تدخل تبعاً لبيع الدار المعلومة) ا.هـ

قال **ابن عثيمين:** (فيه مثال لو مثله المؤلف لكان واضحاً في بيان المجهولات: بيع الحامل لا يجوز، وإذا باع شاة حاملاً، جاز؛ لأنه يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً. ولهذا لو قال: بعتك هذه الشاة بمائة وحملها بخمسين لم يصح البيع. ولو قال: بعتك هذه الشاة بمائة وخمسين وهي حامل. جاز؛ لأنه يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً) ا.هـ

قال السعدي: (ومنها: إجبار الشريك مع شريكه على العمارة في الأشياء المشتركة، مع أنه لو كان وحده لم يجبر على التعمير. وكذلك إجباره على البيع إذا طلبه الشريك فيما تضر قسمته. ومن ذلك نقبل قول المرأة الثقة في الرضاع، ويترتب على ذلك انفساخ النكاح، مع أنّ المرأة لا يقبل قولها في الطلاق، لكنه جاء تبعاً لقبول قولها في الرضاع. وأمثلته كثيرة) ا.هـ

على وجهين:

أشهرهما: لا يفطرون لئلا يؤدي إلى الفطر بقول واحد.

والثاني: بلى! ويثبت الفطر تبعاً للصوم.

ومن الأصحاب من قال: إن كان غيماً؛ أفطروا، وإلا؛ فلا.

ومنها: لو أخبر واحد بغروب الشمس؛ جاز الفطر، ومن الأصحاب من اقتضى كلامه حكاية الاتفاق عليه؛ لأن وقت الفطر تابع لوقت صلاة المغرب.

وله مأخذ آخر: وهو أن الغروب عليه أمارات تورث ظنّاً بانفرادها، فإذا انضم إليها قول الثقة؛ قوي، بخلاف الشهادة برؤية هلال الفطر.

ومنها: صلاة التراويح ليلة الغيم تبعاً للصيام على أحد الوجهين، وذكر القاضي احتمالاً بثبوت سائر الأحكام المعلقة بالشهر من وقوع الطلاق المعلق به وحلول آجال الديون، وهو ضعيف ها هنا.

نعم! إذا شهد واحد برؤية الهلال؛ ثبت به الشهر، وترتبت عليه هذه الأحكام؛ وإن كانت لا تثبت بشهادة واحد ابتداءً، صرح به ابن عقيل في «عمد الأدلة».

ومنها: لو حلف بالطلاق على حديث أن رسول الله ﷺ ما قاله، فرواه واحد يثبتُ الحديث به، ووقع الطلاق؛ وإن كان الطلاق لا يثبت بخبر واحد، ذكره ابن عقيل في «العمد» أيضاً.

ويتخرج عدم وقوع الطلاق في المسألتين من المسألة الآتية.

ومنها: لو حلف بالطلاق: أنه ما غصب شيئاً، ثم ثبت عليه الغصب بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين؛ فهل يقع به الطلاق؟

على وجهين، وحكاهما القاضي في «خلافه» في كتاب القطع في السرقة والآمدي روايتين، وجزم القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول» وصاحب «المغني»[1] بعدم الوقوع، واختار

---

(١) «المغني» (٧/ ٣٨٧).

السامري الوقوع، وقال صاحب «المحرر» في «تعليقه على الهداية»: وعندي أن قياس قول من عفا عن الجاهل والناسي في الطلاق: أن لا يحكم عليه به؛ ولو ثبت الغصب برجلين.

ومنها: لو علق الطلاق بالولادة، فشهد بها النساء حيث لم يقبل قول المرأة في ولادتها؛ هل يقع الطلاق؟

المشهور الوقوع، وبه جزم القاضي في «خلافه»، وتبعه الشريف أبو جعفر وأبو المواهب العُكبري وأبو الخطاب والأكثرون، ويشهد له نص أحمد في «رواية مهنا» إذا قال لها: إذا حضت؛ فأنت وضرّتك طالق، فشهد النساء بحيضها؛ يطلقان جميعاً.

وخرج صاحب «المحرر»[1] فيه وجهاً آخر: إنه لا يقع الطلاق من المسألة التي قبلها.

ومنها: لو ادعى المكاتب إذا أخر نجوم الكتابة، فأنكره السيد، فأتى المكاتب بشاهد وحلف أو برجل وامرأتين على ما قال؛ فهل يعتق أم لا؟

قال الخرقي: يعتق، ولم يحك صاحب «المغني» فيه خلافاً، وحكى صاحب «الترغيب» فيه وجهين.

ومنها: إذا وقف وقفاً معلقاً بموته؛ فإنه يصح على المنصوص في «رواية الميموني»، وذكره الخرقي، وقال القاضي: لا يصح، والأول أصح؛ لأنها وصية، والوصايا تقبل التعليق.

ومنها: البراءة المعلقة بموت المبرئ تصح أيضاً لدخولها ضمناً في الوصية، نص عليه في رواية المروذي، وقال القاضي والأصحاب، وكذلك إبراء المجروح للجاني من دمه أو تحليله منه يكون وصية معلقة بموته، وهل هي وصية للقاتل؟

على طريقين؛ فعند القاضي: هي وصية للقاتل؛ فتخرج على الخلاف في الوصية، وعند أبي بكر: ليس الإبراء والعفو وصية؛ لأنه إسقاط لا تمليك، وقال الآمدي: هو المذهب. قال: وإنما يكون إبراءً محضاً قبل الاندمال، فأما بعده؛ فعلى وجهين.

---

(١) «المحرر» (٢/ ٧٠).

ومنها: إذا قال: إذا جاء رأس الشهر؛ فأنت طالق بألف؛ فإنه يصح، ذكره القاضي، وتدخل المعاوضة تبعاً للطلاق إذا قبلته؛ فإنه لا بد من قبولها لذلك، وكذلك لو قالت له: إن طلقتني؛ فلك علي ألف، فطلقها بانت، ولزمها الألف، قال الشيخ تقي الدين[1]: ذكر القاضي في «خلافه» ما يقتضي أنه لا يعلم فيه خلافاً، وقاس الشيخ عليه ما إذا قالت: إن طلقتني؛ فأنت بريء من صداقي، فطلقها: أنه يبرأ من صداقها، ويقع الطلاق بائناً؛ لأن تعليق الإبراء أقرب إلى الصحة من تعليق التمليك لتردد الإبراء بين الإسقاط والتمليك، والتمليك يقع معلقاً في الجعالة والسبق؛ فها هنا كذلك.

ومنها: إذا قال: من أسلم على أكثر من أربع زوجات، كلما أسلمت واحدة منكن؛ فهي طالق؛ فهل يصح؟

على وجهين:

أحدهما: لا يصح؛ لأن الطلاق اختيار، والاختيار لا يتعلق بالشرط.

والثاني: يصح؛ لأن الطلاق يقبل التعليق، والاختيار يثبت تبعاً له وضمناً.

ومنها: إذا قال رجل لآخر: أعتق عبدك عني وعلي ثمنه؛ فقال القاضي في «خلافه»: هو استدعاء للعتق، والملك يدخل تبعاً وضمناً لضرورة وقوع العتق له. وصرح بأنه ملك قهري، حتى أنه يثبت للكافر على المسلم إذا كان العبد المستدعى عتقه مسلماً والمستدعي كافراً، مع أنه منع من شراء الكافر من يعتق عليه بالملك من المسلمين، حيث كان العقد موضوعاً فيه للملك دون العتق، وكذلك على قياس قوله سراية عتق الشريك، وأولى؛ لأنها إتلاف محض يحصل بغير اختيار أحد ولا قصده.

ويتفرع على ذلك: إذا أعتق الكافر الموسر شركاً له من عبد مسلم؛ فإنه يسري، ولا يخرج على الخلاف في شراء مسلم يعتق عليه بملكه كما فعل أبو الخطاب وغيره.

---

(١) «مجموع الفتاوى» (٣٢/ ٢٨٦، ٢٨٧، ٣٥٢).

ومنها: صلاة الحاج عن غيره ركعتي الطواف تحصل تبعاً وضمناً للحج؛ وإن كانت الصلاة لا تقبل النيابة استقلالاً، وقد أشار الإمام أحمد إلى هذا في «رواية الشالنجي».

ومنها: إن الوكيل ووصي اليتيم لهما أن يبتاعا بزيادة على ثمن المثل ما يتغابن بمثلها عادة، ولا يجوز لهما هبة ذلك القدر ابتداءً، ذكره القاضي وغيره، ولكنهم جعلوا مأخذه أن المحاباة ليست ببذل صريح، وإنما فيها معنى البذل، وجعلها من هذه القاعدة أولى.

ومنها: لو كان له أمتان، لكل منهما ولد، فقال أحدهما: ولدي. ومات، ولم يبين ولا بيّن وارثه، ولم يوجد قافة؛ أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة؛ فهو حر وأمه معتقة بالاستيلاد؛ وإنْ كان أقر أنه أحبلها في ملكه، وهل يثبت نسب الولد ويرث أم لا؟

على وجهين:

أحدهما: إنه لا يثبت نسبه ولا يرث، وهو الذي ذكره القاضي في «المجرد» وابن عقيل والسامري؛ لأن القرعة لا مدخل لها في الأنساب.

قال القاضي: وهذان الوجهان مخرجان من الخلاف في دخول القرعة فيما إذا زوج الوليان؛ فلم يعلم السابق منهما.

والثاني: يثبت نسبه ويرث، وهو الذي ذكره القاضي في «خلافه» وصاحب «التلخيص»، وذكر صاحب «المغني»[1] أنه قياس المذهب؛ لأنه حر استندت حريته إلى الإقرار؛ فأشبه ما لو عينه في إقراره.

ومنها: لو طلق واحدة معينة من نسائه، ثم مات ولم يُعلم عينها؛ أقرع بينهن، وأخرجت المطلقة بالقرعة، ولم يجب عليها عدة الوفاة، بل تحسب لها عدة الطلاق من حينه، وعلى البواقي عدة الوفاة في ظاهر كلام أحمد ﷺ؛ لأن الطلاق لما ثبت بالقرعة تبعه لوازمه من العدة وغيرها، وقال القاضي: يعتد الكل بأطول الأجلين. وستأتي المسألة فيما بعد إن شاء الله تعالى.

---

(١) «المغني» (٥/ ١٢١).

ومنها: لو قال الخنثى المشكل: أنا رجل، وقبلنا قوله في ذلك في النكاح؛ فهل يثبت في حقه سائر أحكام الرجال تبعاً للنكاح، فيزول بذلك إشكاله، أم يقبل قوله في حقوق الله تعالى، وفيما عليه من حقوق الآدميين دون ما له منها؛ لئلا يلزم قبول قوله في استحقاقه ميراث ذكر وديته؟

فيه وجهان.

القاعدة الرابعة والثلاثون بعد المئة

المنع أسهل من الرفع.

ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة جداً:

منها: منع تخمر الخل ابتداءً بأن يوضع فيها خل يمنع تخمرها مشروع، وتخليلها بعد تخمرها ممنوع.

ومنها: ذبح الحيوان المأكول يمنع نجاسة لحمه وجلده، وهو مشروع، ودبغ جلده بعد نجاسته بالموت لا يفيد طهارته على ظاهر المذهب.

ومنها: السفر قبل الشروع في الصيام يبيح الفطر، ولو سافر في أثناء يوم من رمضان؛ ففي استباحة الفطر روايتان، والإتمام فيه أفضل بكل حال.

ونقل ابن منصور عن أحمد ﷺ: إن نوى السفر من الليل ثم سافر في أثناء النهار؛ أفطر، وإن نوى السفر في النهار وسافر فيه؛ فلا يعجبني أن يفطر. والفرق أن نية السفر من الليل تمنع الوجوب إذا وجد السفر في النهار؛ فيكون الصيام قبله مراعاً، بخلاف ما إذا طرأت النية والسفر في أثناء النهار.

ومنها: إن الرجل يملك منع زوجته من حج النذر والنفل، فإن شرعت فيه بدون إذنه؛ ففي جواز تحليلها روايتان.

ومنها: إن وجود الماء بعد التيمم وقبل الشروع في الصلاة يمنع الدخول فيها بالتيمم، ولو دخل فيها بالتيمم ثم وجد الماء؛ فهل يبطل الصلاة أم لا؟

على روايتين، وكذلك الخلاف في القدرة على نكاح الحرة بعد نكاح الأمة؛ هل يبطل نكاحها؟

على روايتين، ويمنعه ابتداءً، وكذا في القدرة على كفارة الظهار بالعتق بعد الشروع في الصيام لا يوجب الانتقال على الصحيح، وقبله يجب.

ومنها: إن المرأة تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها، فإن سلمت نفسها ابتداءً قبل قبض الصداق؛ فهل تملك الامتناع بعد ذلك حتى تقبضه؟

على وجهين.

وكذلك اختار صاحب «المغني» في البيع: إن البائع يملك الامتناع من تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه، فإذا سلمه؛ لم يملك استرجاعه، ومنع المشتري من التصرف فيه والحجر عليه مستنداً إلى هذه القاعدة، وهو خلاف ما قاله القاضي وأصحابه في مسألة الحجر الغريب.

ومنها: اختلاف الدين المانع من النكاح يمنعه ابتداءً، ولا يفسخه في الدوام على الأشهر، بل يقف الأمر على انقضاء العدة فيه.

ومنها: الإسلام يمنع ابتداء الرق ولا يرفعه بعد حصوله، وإنما استرق ولد الأمة المسلمة؛ لأنه جزء منها، فهو في معنى استدامة الرق على المسلم، وأما الأسرى إذا أسلموا قبل الاسترقاق؛ فإنما جاز استرقاقهم لانعقاد سببه في الكفر انعقاداً تامّاً؛ فاستند إلى سبب موجود في الكفر.

القاعدة الخامسة والثلاثون بعد المئة

الملك القاصر من ابتدائه لا يستباح فيه الوطء، بخلاف ما كان القصور طارئاً عليه.

نص على ذلك أحمد ﷺ.

فمن الأول: المشتراة بشرط الخيار في مدة الخيار، وكذلك المشتراة بشرط أن لا يبيع ولا يهب، أو إن باعها؛ فالمشتري أحق بها، نص عليه أحمد، ونصوصه صريحة بصحة هذا البيع والشرط ومنع الوطء، قال في «رواية عبد الله»[1] فيمن باع جارية من رجل على أن لا يبيع ولا يهب: البيع جائز، ولا يقربها؛ لأن عمر بن الخطاب قال: لا يقرب فرجاً وفيه شرط لأحد[2].

وكذلك قال في «رواية حرب»، وزاد: وإن اشترطوا إن باعها؛ فهم أحق بها بالثمن؛ فلا يقربها، يذهب إلى حديث عمر حين قال لابن مسعود. وكذلك نقل مهنأ، وقال في «رواية أبي طالب» فيمن اشترى أمة بشرط لا يقربها وفيها شرط. وكذلك نقل ابن منصور.

وقول عمر الذي أشار إليه هو ما رواه حماد بن سلمة عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة: أن ابن مسعود اشترى جارية من امرأته، وشرط لها: إن باعها؛ فهي لها بالثمن الذي اشتراها، فسأل ابنُ مسعود عن ذلك عمر ابن الخطاب؛ فقال: لا تَنكحها، وفيها شرط.

قال حنبل: قال عمي: كل شرط في فرج؛ فهو على هذا، والشرط الواحد في البيع جائز؛ إلا أن عمر كره لابن مسعود أن يطأها؛ لأنه شرط لامرأته الذي شرط، فلم يجز عمر أن يطأها وفيها شرط.

وكذلك نص أحمد في «رواية ابن هانئ»[3] على منع الوطء في الأمة المشتراة بشرط التدبير، ونص أيضاً في «رواية ابن منصور» على المنع من وطء بنت المدبرة دون أمها وكاع، وكذا

---

(١) مسائل الإمام أحمد لابنه عبدالله (٢٧٨).

(٢) أثر عمر عند عبدالرزاق في المصنف (١٤٢٩١،١٤٢٩٣)، والبيهقي في السنن (٥/ ٣٣٦)، ومسدد كما في «المطالب العالية» (رقم ١٤٠٨).

(٣) مسائل الإمام أحمد لابن هانئ (٢/ ١٠).

الأصحاب في توجيهه، والأمر فيه واضح على ما قررناه؛ إذ بنت المدبرة مدبرة من ابتداء ملكها، بخلاف أمها، وكذلك نص على المنع من وطء الأمة المملوكة بالعمرى، وحمله القاضي على الاستحباب، وهو بعيد، والصواب حمله على أن الملك بالعمرى قاصر، ولهذا نقول على رواية: إذا شرط عودها إليه بعده صح؛ فيكون تمليكاً مؤقتاً.

ومن ذلك: الأمة الموصى بمنافعها لا يجوز للوارث وطأها على أصح الوجهين، وهو قول القاضي خلافاً لابن عقيل، ولكن لهذه المسألة مأخذ آخر: وهو أن منفعة البضع؛ هل هي داخلة في المنافع الموصى بها أم لا؟

ومن الثاني: أم الولد والمدبرة والمكاتبة إذا اشترط وطأها في عقد الكتابة والمؤجرة والجانية، وأما المرهونة؛ فإنما منع من وطئها لوجهين:

أحدهما: إنه يفضي إلى استيلادها؛ فيبطل الرهن، فيسقط حق المرتهن.

والثاني: إن الراهن ممنوع من الانتفاع بالرهن بغير إذن المرتهن، ولو بالاستخدام وغيره؛ فالوطء أولى.

القاعدة السادسة والثلاثون بعد المئة

الوطء المحرم لعارض؛ هل يستتبع تحريم مقدماته أم لا؟

إن كان لضعف الملك وقصوره، أو خشية عدم ثبوته؛ كالأمة المستبرأة إذا ملكت بعقد؛ فيحرم سائر أنواع الاستمتاع بها، وإن كان لغير ذلك من الموانع؛ فهو نوعان:

أحدهما: العبادات المانعة من الوطء، وهي على ضربين: ضرب يمتنع فيها جنس الترفه والاستمتاع بالنساء؛ فيحرم الوطء والمباشرة؛ كالإحرام القوي، وهو ما قبل التحلل الأول والاعتكاف، وضرب يمتنع فيها الجماع وما أفضى إلى الإنزال؛ فلا يمنع مما بَعُدَ إفضاؤه إليه من الملامسة ولو كانت لشهوة، وهو الصيام، وأما الإحرام الضعيف، وهو ما بين التحللين؛ فالمذهب أنه يحرم الوطء والمباشرة، وفيه رواية أخرى أنه يحرم الوطء خاصة.

النوع الثاني: غير العبادات؛ فهل يحرم مع الوطء غيره؟

فيه قولان في المذهب، ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: الحيض والنفاس يحرم بهما الوطء في الفرج ولا يحرم ما دونه في المذهب الصحيح.

وفي رواية أخرى: يمنع الاستمتاع ما بين السرة والركبة.

ومنها: الظهار، يحرم الوطء في الفرج، وفي الاستمتاع بمقدماته روايتان، أشهرهما التحريم.

ومنها: الأمة المسبية في مدة الاستبراء يحرم وطؤها، وفي الاستمتاع بها بالمباشرة روايتان، وصحح القاضي في «المجرد» الجواز.

ومنها: الزوجة الموطوءة بشبهة يحرم وطؤها مدة الاستبراء، وفي مقدمات الوطء وجهان.

ومنها: الجمع بين الأختين المملوكتين في الاستمتاع بمقدمات الوطء، قال ابن عقيل: يكره ولا يحرم، ويتوجه أن يحرم، أما إذا قلنا: إن المباشرة لشهوة كالوطء في تحريم الأخت حتى تحرم الأولى؛ فلا إشكال.

القاعدة السابعة والثلاثون بعد المئة

الواجب بقتل العمد؛ هل هو القود عيناً، أو أحد أمرين؛ إما القود أو الدية؟

فيه روايتان معروفتان، ويتفرع عليهما ثلاث قواعد: استيفاء القود، والعفو عنه، والصلح عنه.

القاعدة الأولى في استيفاد القود: فيتعين حق المستوفى فيه بغير إشكال، ثم إن قلنا: الواجب القود عيناً؛ فلا يكون الاستيفاء تفويتاً للمال، وإن قلنا: أحد أمرين؛ فهل هو تفويت للمالك أم لا؟

على وجهين، ويتفرع عليهما مسائل:

منها: إذا قتل العبد المرهون، فاقتص الراهن من قاتله بغير إذن المرتهن؛ فهل يلزمه الضمان للمرتهن أم لا؟

على وجهين:

أشهرهما اللزوم، ونص عليه أحمد في «رواية ابن منصور»[1]، وهو اختيار القاضي والأكثرين، قالوا: ولا يجوز له الاقتصاص بدون إذن المرتهن؛ لأن الواجب كان أحد الأمرين، فإذا عينه بالقصاص؛ فقد فوت المال الواجب على المرتهن، وقد كان تعلق حقه برقبة العبد المرهون؛ فتعلق ببدله الواجب؛ فهو كما لو قتله أو أعتقه؛ فيضمنه بقيمته في المنصوص، وبه جزم في «المحرر»[2]، وقال القاضي والأكثرون بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية.

والخلاف في هذا يشبه الخلاف فيما يضمن به العبد الجاني إذا أعتقه عالماً بالجناية.

والوجه الثاني: لا يلزمه ضمان، وصححه صاحب «المحرر»[3]؛ لأن المال إنما يتعين بالاختيار، والاختيار نوع تكسب، والتكسب للمرتهن لا يلزم، ولهذا؛ لم يلزم المفلس أخذ المال

(١) مسائل أحمد لابن منصور (٥١٠).
(٢) «المحرر» (١/ ٣٣٦).
(٣) «المحرر» (١/ ٣٣٦).

إذا جنى عليه جناية توجب القود، بل له الاقتصاص مع تعلق حقوق الغرماء بأعيان ماله، وليس له مال آخر يغرم منه؛ فظاهر كلام صاحب «الكافي»[1] أن الوجهين على قولنا موجب العمد القود عيناً، فأما إن قلنا: أحد أمرين؛ وجب الضمان لتفويت المال الواجب، وهو بعيد؛ فإنا إذا قلنا: الواجب القود عيناً؛ فإنما فوت اكتساب المال لم يفوت مالاً واجباً؛ فلا يتوجه الضمان بالكلية.

وأطلق القاضي وابن عقيل الضمان من غير بناء على أحد القولين، ويتعين بناؤه على القول بأن الواجب أحد أمرين؛ لأنهما صرحا في العفو أنه لا يوجب الضمان إذا قلنا: الواجب القود عيناً، وعللا بأنه إنما فوت على المرتهن اكتساب المال، وذلك غير لازم له، والاقتصاص مثل العفو، ثم وجدت الشيخ مجد الدين[2] صرح بهذا البناء الذي ذكرته.

ومنها: إذا قتل عبد من التركة المستغرقة بالديون عمداً، وقلنا ينتقل الملك إلى الورثة، فاختاروا القصاص؛ فهل يطالبون بقيمة العبد أم لا؟

يخرج على المرهون.

ومنها: العبد الموصى بمنفعته إذا قتل عمداً؛ فهل لمالك الرقبة الاقتصاص بغير إذن مالك المنفعة، وهل يضمن أم لا؟

صرح القاضي في «خلافه» بالمنع؛ كالرهن سواء، وهذا متخرج على أحد الوجهين، وهو أن حق مالك المنفعة لم يبطل بالقتل، وأما على الوجه الآخر، وهو بطلان حقه بالقتل؛ جعلا للوصية بالمنفعة كالهبة التي لم تقبض؛ فلا يمنع مالك الرقبة من الاقتصاص؛ فلا شيء عليه.

ومنها: إذا جنى على المكاتب؛ فهل له أن يقتص بدون إذن سيده؟

ذكر القاضي في «المجرد» وابن عقيل الجواز؛ لأن المطالبة بالقصاص والعفو عنه إلى العبد دون سيده؛ ولو كان قناً، وقال القاضي في «خلافه»: قياس قول أبي بكر في منعه من

---

(١) «الكافي» (٢/ ١٥٣).

(٢) «المحرر» (١/ ٣٣٦).

الاقتصاص من عبيده إذا قتل بعضهم بعضاً: إنه لا يجوز له الاقتصاص بدون إذن سيده. وفيه نظر؛ فإن القاتل قد فوت مالاً مملوكاً؛ فهو كقتل الراهن للمرهون بقصاص استحقه عليه، ولكن لا يلزم ضمان المكاتب لسيده؛ لأن السيد لا يستحق انتزاع ذلك منه، وهذا بخلاف اقتصاص المكاتب من الجاني عليه؛ فإنه لم يفوت به مالاً مملوكاً له.

ومنها: لو قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله؛ فهل للورثة الاقتصاص بدون إذن الموصى له؟

إذا قلنا: هو ملك لهم؛ يتوجه المنع، إذا قلنا: إن الجناية أوجبت أحد شيئين، فإن فعلوا؛ ضمنوا للموصى له القيمة إذا قبل.

ومنها: لو قتل عبده من مال المضاربة عمداً، فإن كان في المال ربح؛ فهما شريكان، وليس لأحدهما الانفراد بالقصاص ولا العفو، هذا ظاهر كلام القاضي وابن عقيل، فلو اقتص رب المال بغير اختيار المضارب؛ توجه أن يضمن للمضارب حصته من الربح إن قلنا: الواجب بالقتل أحد شيئين.

القاعدة الثانية: في العفو عن القصاص، وله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقع العفو عنه إلى الدية، وفيه طريقتان:

إحداهما: ثبوت الدية على الروايتين، وهي طريقة القاضي.

والثانية: بناؤه على الروايتين.

فإن قلنا: موجبه أحد شيئين؛ ثبتت الدية، وإلا؛ لم يثبت شيء بدون تراضٍ منهما، وهي طريقة أبي الخطاب وابن عقيل، وذكرها القاضي أيضاً في المضاربة؛ فيكون القود باقياً بحاله؛ لأنه لم يرض بإسقاطه إلا بعوض ولم يحصل له.

والحالة الثانية: أن يعفو عن القصاص ولا يذكر مالاً، فإن قلنا: موجبه القصاص عيناً؛ فلا شيء له، وإن قلنا: أحد شيئين؛ ثبت المال.

وخرج ابن عقيل: أنه إذا عفى عن القود؛ سقط، ولا شيء له بكل حال على كل قول؛ لأنه

بعفوه عنه تعين الواجب فيه بتصرفه فيه؛ فهو كما لو أسلم على أكثر من أربع، ثم طلق إحداهن؛ فإنه يتعين الاختيار فيها، وهذا ضعيف، فإن إسقاط القود ترك له وإعراض عنه وعدول إلى غيره، ليس اختياراً له، ولهذا يملك العفو عن القود والمال جميعاً، وليس له اختيارهما جميعاً، بخلاف الزوجات؛ فإنه لا يملك طلاق أكثر من أربع منهن على المشهور.

الحالة الثالثة: أن يعفو عن القود إلى غير مال مصرحاً بذلك، فإن قلنا: الواجب القصاص عيناً؛ فلا مال له في نفس الأمر، وقوله هذا لغو، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين؛ سقط القصاص والمال جميعاً، فإن كان ممن لا تبرع له؛ كالمفلس المحجور عليه والمكاتب والمريض فيما زاد على الثلث والورثة مع استغراق الديون للتركة؛ فوجهان:

أحدهما: لا يسقط المال بإسقاطهم، وهو المشهور؛ لأن المال وجب بالعفو عن القصاص؛ فلا يمكنهم إسقاطه بعد ذلك؛ كالعفو عن دية الخطأ.

والثاني: يسقط، وفي «المحرر»[1] أنه المنصوص عليه؛ لأن المال لا يتعين بدون اختياره له أو إسقاط القصاص وحده، أما إن أسقطهما في كلام واحد متصل؛ سقطا جميعاً من غير دخول المال في ملكه، ويكون ذلك اختياراً منه لترك التملك؛ فلا يدخل المال في ملكه، إذا تقرر هذا؛ فهل يكون العفو تفويتاً للمال؟

إن قلنا: الواجب القود عيناً؛ لم يكن العفو تفويتاً للمال؛ فلا يوجب ضماناً، صرح به القاضي وابن عقيل، وكلام أبي الخطاب يدل على وجوب الضمان، وصرح في «الكافي»[2] بأنه على وجهين، كما لو اقتص منه في هذه الحالة؛ فإن عنده في الضمان وجهين، وقد سبق بيان ضعف ذلك ومخالفته لظاهر تعليل القاضي وابن عقيل.

وكذا في «التلخيص»: إن في الضمان ها هنا وجهين، وصحح عدمه، ولم يذكر في الضمان إذا اقتص خلافاً.

---

(١) «المحرر» (٢/ ١٣٤).

(٢) «الكافي» (٤/ ٥١).

وفرق بعض الأصحاب بين الضمان بالاقتصاص وعدم الضمان بالعفو: بأنه إذا اقتص؛ فقد استوفى بدل المال؛ فلذلك لزمه الضمان، بخلاف ما إذا عفى؛ فإنه لم يستوف له بدلاً، بل فات عليهما جميعاً، ولهذا لو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه؛ بريء، ولم يلزمه الضمان لشريكه، بخلاف ما إذا استوفى حقه أو بدله؛ فإنه يضمن لشريكه نصيبه منه، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين، فعفى مجاناً؛ ففي «الكافي»: هو كالعفو عن المال، فإن كان محجوراً عليه؛ لم يصح، وإن كان راهناً؛ ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يصح، وهو اختياره -أعني: صاحب «الكافي»[1]-، كما لا يصح عفو المفلس.

والثاني: يصح، وتؤخذ منه القيمة تكون رهناً؛ لأنه أتلفه بعفوه، وهو قول أبي الخطاب، وبه جزم صاحب «التلخيص».

والثالث: يصح بالنسبة إلى الراهن دون المرتهن؛ فتؤخذ القيمة من الجاني تكون رهناً مكانه، فإذا زال الرهن؛ ردت إلى الجاني، وهو قول القاضي وابن عقيل.

وأما على الوجه الثاني الذي حكيناه في أصل المسألة بصحة عفو المفلس والمريض فيما زاد على الثلث والورثة ونحوهم؛ فيخرج في الضمان وجهان؛ كالاقتصاص إذا قلنا: الواجب أحد شيئين.

ويتخرج على هذا الأصل مسائل:

منها: عفو الراهن عن الجناية على المرهون، وقد ذكرنا حكمه مستوفى.

ومنها: عفو المفلس عن الجناية الموجبة للقود مجاناً؛ فالمشهور إنا إن قلنا: الواجب القود عيناً؛ صح، وإن قلنا: الواجب أحد أمرين؛ لم يصح العفو عن المال، وعلى الوجه الآخر الذي قيل: إنه المنصوص؛ يصح، وعلى طريقة من حكى الضمان في المرهون، وإن قلنا: الواجب القود عيناً؛ يخرج ها هنا مثله.

---

(١) «الكافي» (٢/ ٢٨٥).

ومنها: عفو المكاتب عن القصاص، وحكمه حكم المفلس.

ومنها: عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون، وحكمه كذلك.

ومنها: عفو المريض عن القصاص، وحكمه فيما زاد على الثلث كذلك.

ومنها: إذا عفى الوارث عن العبد الجاني على العبد الموصى بمنفعته؛ هل يضمن لمالك المنفعة قيمتها؟

على وجهين، حكاهما في «الترغيب» والأظهر تخريجهما على أن حق صاحب المنفعة هل سقط بالإتلاف أم لا؟

ويتوجه أن لا ينفذ عفوه في قدر قيمة المنافع؛ لأنها ملك للغير إذا قلنا: الواجب أحد أمرين، وهذا بخلاف العفو عن الجاني على العبد المستأجر؛ لأن الإجارة تنفسخ بالقتل، ويرجع المستأجر ببقية الأجرة.

ومنها: إذا قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله؛ فهل للورثة العفو عن قاتله بدون اختيار الموصى له به لأن قيمته له؟

صرح بذلك أبو الخطاب والأصحاب؛ فيتوجه تخريج ذلك على هذا الأصل إن قلنا: الواجب القصاص عيناً، فلم يجب بهذه الجناية مال؛ فلهم العفو، لا سيما على قولنا: إن ملكه قبل القبول لهم، وإن قلنا: أحد أمرين؛ لم يصح عفوهم، وعلى طريقة من حكى الضمان. وإن قلنا: الواجب القود عيناً في المرهون؛ يخرج ها هنا مثله.

ومنها: العفو عن الوارث الجاني في مرض الموت عن دم العمد إن قلنا: الواجب القود عيناً؛ فهو صحيح، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين؛ فكذلك صرح به القاضي في «خلافه» في مسألة الوقف على الوارث في المرض، ويتوجه فيه وجه آخر بوقوفه على إجازة الورثة.

تنبيهان:

أحدهما: لو أطلق العفو عن الجاني عمداً؛ فهل يتنزل عفوه على القود والدية، أو على القود وحده؟

حكى صاحب «المحرر» ثلاثة أوجه:

أحدها -وذكر أنه المنصوص-: إنه ينصرف إليهما جميعاً، ونص عليه أحمد رحمه الله في «رواية مهنا».

والثاني: ينصرف إلى القود وحده؛ إلا أن يقر العافي بإرادة الدية مع القود.

والثالث: يكون عفواً عنهما؛ إلا أن يقول: لم أرد الدية، فيحلف ويقبل منه.

وفي «الترغيب»: إن قلنا: الواجب القود وحده؛ سقط، ولا دية، وإن قلنا: أحد شيئين؛ انصرف العفو إلى القصاص في أصح الروايتين، والأخرى: يسقطان جميعاً.

الثاني: لو اختار القصاص؛ فله ذلك، وهل له العفو عنه إلى الدية؟

إن قلنا: القصاص هو الواجب عيناً؛ فله تركه إلى الدية، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين؛ فعلى وجهين حكاهما في «الترغيب».

أحدهما: نعم، وهو قول القاضي وابن عقيل، ولأن أكثر ما فيه أنه تعين له القصاص؛ فيجوز له تركه إلى مال، كما إذا قلنا: هو الواجب عيناً.

والثاني: لا، وهو احتمال في «الكافي» و«المحرر»[1]؛ لأنه أسقط حقه من الدية باختياره؛ فلم يكن له الرجوع إليها، كما لو عفى عنها وعن القصاص، وفارق ما إذا قلنا: القود هو الواجب عيناً؛ لأن المال لم يسقط بإسقاطه، ويجاب عن هذا بأن الذي أسقطه هو الدية الواجبة بالجناية، والمأخوذ هنا غيره، وهو مأخوذ بطريق المصالحة عن القصاص المتعين.

القاعدة الثالثة: الصلح عن موجب الجناية، فإن قلنا: هو القود وحده؛ فله الصلح عنه بمقدار الدية وبأقل وأكثر منها؛ إذ الدية غير واجبة بالجناية، وكذلك إذا اختار القود أولاً، ثم رجع إلى المال، وقلنا له ذلك؛ فإن الدية سقط وجوبها، وإن قلنا: أحد شيئين؛ فهل يكون الصلح عنها صلحاً عن القود أو المال؟

---

(١) «الكافي» (٤/ ٥١)، «المحرر» (٢/ ١٣٠).

على وجهين، يتفرع عليها مسائل:

منها: هل يصح الصلح على أكثر من الدية من جنسها أم لا؟

قال أبو الخطاب في «الانتصار»: لا يصح؛ لأن الدية تجب بالعفو والمصالحة؛ فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس، وكذلك قال صاحب «التلخيص»: يصح على غير جنس الدية، ولا يصح على جنسها إلا بعد تعيين الجنس؛ من إبل أو بقر أو غنم؛ حذاراً من ربا النسيئة وربا الفضل.

وأطلق الأكثرون جواز الصلح بأكثر من الدية من غير تفصيل، قال في «المغني»: لا أعلم فيه خلافاً، وصرح السامري في «فروقه» بجواز الصلح بأكثر من الدية؛ وإن قلنا: الواجب أحد شيئين، وعلل بأن القود ثابت؛ فالمأخوذ عوض عنه، وليس من جنسه؛ فجاز من غير تقدير كسائر المعاوضات الجائزة، وأما القود؛ فقد يقال: إنما يسقط بعد صحة الصلح وثبوته، وأما مجرد المعاوضة في عقد الصلح؛ فلا توجب سقوطه؛ فإنه إنما يسقطه بعوض؛ فلا يسقط بدون ثبوت العوض له.

ومنها: لو صالح عن دم العمد بشقص؛ هل يؤخذ بالشفعة أم لا؟

إن قلنا: الواجب القود عيناً؛ فالشقص مأخوذ بعوض غير مالي؛ فلا شفعة فيه على أشهر الوجهين، وهو قول أبي بكر والقاضي والأكثرين، خلافاً لابن حامد، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين؛ فهو مأخوذ بعوض مالي؛ إذ هو عوض عن الدية لتعينها باختيار الصلح، صرح به صاحبا «المغني» و «التلخيص»، وكذلك ذكر السامري في «المستوعب»، وهو خلاف ما قرره في «الفروق».

ويتوجه على قول من قال: الصلح عن القود أن يطرد فيه الوجهان الأولان، وهو وفق إطلاق الأكثرين.

ومنها: لو قتل عبد عبداً من مال التجارة عمداً، فصالح المالك عنه بمال؛ فذكر ابن تميم عن القاضي في التخريج أنه قال: إن قلنا: الواجب القصاص عيناً؛ لم يصر المال المصالح به للتجارة إلا بنية، وعلل بأنه ليس بعوض عن المقتول، بل عن القصاص، وإن قلنا: أحد شيئين؛ فهو من

مال التجارة بغير نية؛ كثمن المبيع، وعلل بأنه عوض عن المقتول؛ فهو كقتل الخطأ، وهذا متنزل على أن الصلح وقع على المال، أما إن قيل: إنه واقع على القود؛ فقد يقال كذلك؛ لأنه بدل عن العبد، وقد يقال: لا يصير للتجارة إلا بنية، وظاهر تعليل القاضي يدل عليه؛ لأنه عوض عما كان يستحقه على مالك الجاني من إراقة دمه، بخلاف ما إذا أخذ قيمة الجاني أو باعه في الجناية؛ فإنه استوفى المال الواجب بالقتل عوضاً عن العبد المقتول.

وذكر القاضي وابن عقيل في المضاربة: إذا قتل عبد عبداً من عبيد المضاربة عمداً، فصالح عنه بمال؛ فهو من مال المضاربة لأنه بدل بكل حال عن مال المضاربة؛ فهو كالثمن، ولم يبنياه على الخلاف في موجب العمد؛ إذ هو بدل عنه بكل حال، ولا حاجة ها هنا إلى نية، ولكن قد ينبني على ما ذكرناه؛ من أن الصلح هل وقع عن المال أو عن القود؟ وقال أبو البركات في «تعليقه على الهداية»: يحتمل عندي أنه متى قلنا: القصاص يجب عيناً؛ أن المضاربة قد بطلت، ويكون جميع ما يصالح عليه للسيد ملكاً جديداً.

القاعدة الثامنة والثلاثون بعد المئة

العين المتعلق بها حق لله تعالى أو لآدمي؛ إما أن تكون مضمونة، أو غير مضمونة، فإن كانت مضمونة؛ وجب ضمانها بالتلف والإتلاف بكل حال، وإن لم تكن مضمونة؛ لم يجب ضمانها بالتلف ووجب بالإتلاف إن كان لها مستحق موجود، وإلا؛ فلا.

أما الأول؛ فله أمثلة:

منها: الزكاة إذا قلنا: تتعلق بالعين على المشهور؛ فإنها لا تسقط بتلف المال، ويجب ضمانها.

ومنها: الصيد في حق المحرم وفي الحرم مضمون على المالك بالجزاء.

وأما الثاني؛ فله أمثلة كثيرة:

منها: الرهن يضمن بالإتلاف، مثل أن يستهلكه الراهن أو يعتقه إن كان عبداً، ولا يضمن بالتلف.

ومنها: العبد الجاني إذا أعتقه سيده؛ فإنه يضمنه، وهل يضمنه بأرش الجناية مطلقاً أو بأقل الأمرين منه ومن قيمته؟

على روايتين ذكرهما القاضي في «المجرد»، وأنكر في «الخلاف» رواية الضمان بالأرش مطلقاً؛ قال: لأنه أتلف محل الحق؛ فلم يلزمه أكثر من ضمانه، بخلاف ما إذا اختار فداءه؛ فإنه مع بقائه قد يرغب فيه راغب، فيبذل فيه ما يستوفى منه الأرش كله؛ فلذلك ضمنه بالأرش كله على رواية.

ونقل عنه ابن منصور: إنه إن علم بالجناية؛ ضمنه بالأرش كله، وإن لم يعلم؛ لزمه الأقل.

ونقل عنه حرب: إن لم يعلم؛ فلا شيء عليه بحال، وإن علم؛ ضمنه بالقيمة فقط، ولو قتله المالك؛ لزمته قيمته للمجني عليه. ذكره القاضي في «خلافه».

وإن قتله أجنبي؛ ففي «الخلاف الكبير» يسقط الحق؛ كما لو مات، وحكى القاضي في

«كتاب الروايتين»[1] والآمدي روايتين:

إحداهما: يسقط الحق، قال القاضي، نقلها مُهَنَّا؛ لفوات محل الجناية.

والثانية: لا يسقط، نقلها حرب، واختارها أبو بكر، وبها جزم القاضي في «المجرد»؛ فيتعلق الحق بقيمته؛ لأنها بدله؛ فهو كما لو مات القاتل عمداً؛ فإن الدية تجب في تركته، وجعل القاضي المطالبة على هذه الرواية للسيد والسيد يطالب الجاني بالقيمة.

ومنها: إذا قتل رجلاً عمداً، ثم قُتِلَ القاتلُ؛ قال أحمد في «رواية ابن ثواب» في رجل قتل رجلاً عمداً ثم قُتل الرجل خطأً؛ قال: لهم الدية. قيل له: وإن قتل عمداً؟ قال: وإن قتل عمداً. قيل له: فإن قوماً يقولون: إنه إذا قتل إنما كان لهم دمه، وليس لهم الدية. قال: ليس كذلك، الحديث: «إن أولياءه بالخيار؛ إن شاؤوا قتلوا، وإن شاؤوا قبلوا الدية»[2]؛ فقد نص على أن القاتل إذا قتل تعينت الدية في تركته، وعلل بأن الواجب بقتل العمد أحد شيئين، وقد فات أحدهما؛ فتعين الآخر، وهذا يدل على أنه لا يجب شيء إذا قلنا: الواجب القود عيناً، وهذا يقوى على قولنا: إن الدية لا تثبت إلا بالتراضي.

وخرج الشيخ تقي الدين[3] وجهاً آخر، وقواه: أنه تسقط الدية بموت القاتل أو قتله بكل حال؛ معسراً كان أو موسراً، وسواء قلنا: الواجب القود عيناً، أو: أحد شيئين؛ لأن الدية إنما تجب بأزاء العفو، وبعد موت القاتل لا عفو؛ فيكون موته كموت العبد الجاني.

والعجب من القاضي في «خلافه»! كيف حمل هذه الرواية على أن أولياء المقتول الأول يخيرون في القاتل الثاني بين أن يقتصوا منه أو يأخذوا الدية؟!

وتبعه على ذلك صاحب «المحرر»؛ فحكاه رواية[4]، ومن تأمل لفظ الرواية؛ علم أنها لا

---

(١) «المسائل الفقهية في كتاب الروايتين والوجهين» (٢/ ٢٥٢-٢٥٣).

(٢) الحديث أخرجه أبوداود (٤٥٠٦)، والترمذيّ (١٣٨٧)، وابن ماجه (٢٦٢٦)، وأحمد (٢/ ١٨٣، ٢١٧)، والدارقطني (٣/ ١٧٧)، والبيهقي (٨/ ٦٠، ٧٠، ٧١) (٢/ ١٨٣، ٢١٧) والحديث حسن بإذن الله.

(٣) «الاختيارات» (٢٩٢).

(٤) «المحرر» (٢/ ١٣٠).

تدل على ذلك ألبتة، وقال القاضي أيضاً في «خلافه»: الدية واجبة في التركة، سواء قلنا: الواجب أحد شيئين، أو القصاص عيناً، وكلام أحمد يدل على خلاف ذلك كما رأيته، وكذلك نص عليه في «رواية ابن القاسم» في الرجل يقتل عمداً ثم يقدم ليُقادَ منه، فيأتي رجل فيقتله؛ قال: كان الولي الأول بالخيار؛ إن شاء قتل، وإن شاء أخذ الدية، فلما ذهب الدم، فينظر إلى أولياء هذا المقتول الثاني؛ فإن هم أخذوا الدية من القاتل الأخير؛ فقد صار ميراثاً من ماله، ثم يعود أولياء الدم الأول فيأخذونها منهم بدم صاحبهم.

وكذلك نقل أبو طالب عن أحمد، وقال: إذا فاته الدم؛ أخذ الدية من ماله إن كان له مال؛ لأنه مخير: إن شاء أخذ الدية، وإن شاء عفا، وهذا كله تصريح بالحكم والتعليل، وجعل المطالبة بالدية لأولياء القاتل الأول؛ لأن الدية في ماله.

وخرج صاحب «المغني»[1] وجهاً: إن المطالبة لقاتل القاتل؛ لأنه فوت محل الحق؛ فهو كما لو قتل العبد الجاني.

وللأصحاب وجهان فيما إذا قتل الجاني بعض الورثة، حيث لا ينفرد بالاستيفاء؛ هل للباقين حصتهم من الدية في مال الجاني، أو على المقتص؟

على وجهين.

وعلى الأول يرجع ورثة الجاني على المقتص بما فوق حقه، ونقل صالح[2] وابن منصور عن أحمد في رجل قتل رجلاً، فقامت البينة عند الحاكم، فأمر بقتله، فعدا بعض ورثة المقتول، فقتل الرجل بغير أمر الحاكم؛ فقال: هذا قد وجب عليه القتل ما للحاكم ها هنا، وظاهر هذا أنه لا يلزمه ضمان؛ لأنه استوفى الحق لنفسه ولشركائه، ولا سيما إن قلنا: الواجب بقتل العمد القود عيناً.

ومنها: لو عين أضحية أو هدياً لا عن واجب في الذمة، فإن أتلفه أو تلف بتفريطه؛ فعليه

---

(١) «المغني» (٨/ ٢٩٩).

(٢) مسائل أحمد لابنه صالح (٢/ ٣١٤).

ضمانه بمثله لأن مستحقه موجود وهم المساكين، وإن تلف بغير تفريط؛ فلا شيء عليه.

ونقل القاضي في «خلافه» وأبو الخطاب في «انتصاره» وابن عقيل في «عمده» رواية بوجوب الضمان؛ كالزكاة، وأخذوه من قول الخرقي[1]: «ومن ساق هدياً واجباً، فعطب دون محله؛ فعليه مكانه».

وهذا بعيد جداً، وكلام الخرقي إنما هو في الواجب في الذمة، قالوا: وكذا الخلاف فيمن نذر الصدقة بمال معين، فلم يفعل حتى تلف؛ هل يضمنه؟

على الروايتين.

ومنها: لو نذر عتق عبد معين، فمات قبل أن يعتقه؛ لم يلزمه عتق غيره، ولزمه كفارة يمين، نص عليه أحمد؛ لعجزه عن المنذور، وإن قتله السيد؛ فهل يلزمه ضمانه؟

على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه، قاله القاضي وأبوالخطاب؛ لأن القصد من العتق تكميل الأحكام، والمصرف العبد، فإذا فات المصرف؛ لم يبق مستحق للعتق.

والثاني: يلزمه، قاله ابن عقيل؛ فيجب صرف قيمته في الرقاب أخذاً من قولنا في الولاء: إذا حصل من المعتقين في الكفارة؛ صرف في الرقاب، والولاء أيسر من القيمة؛ لأنه بدل الاكتساب، والقيمة بدل الذات، وإذا كانت الرقاب مصرفاً؛ فلا وجه لسقوط القيمة عنه، ولو أتلفه أجنبي؛ فقال أبو الخطاب: لسيده القيمة، ولا يلزمه صرفها في العتق.

وخرج بعض الأصحاب وجهاً بوجوبه، وهو قياس قول ابن عقيل؛ لأن البدل قائم مقام المبدل، ولهذا لو وصى له بعبد، فقتل قبل قبوله؛ فإن قيمته له إذا قبل.

---

(١) «المغني» (٣/ ٢٨٤).

القاعدة التاسعة والثلاثون بعد المئة

الحقوق الواجبة من جنس إذا كان بعضها مقدرا بالشرع وبعضها غير مقدر به.

فهي ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يكون تقدير الحق خشية سقوط صاحبه، حيث كان من لم يقدر حقه يستحق الجميع عند الانفراد؛ كذوي الفروض مع العصبات في الميراث؛ فها هنا قد يزيد الحق الذي لم يقدر على الحق المقدر؛ لأنه أقوى منه.

والنوع الثاني: أن يكون التقدير لنهاية الاستحقاق وغير المقدر موكولاً إلى الرأي والاجتهاد من غير تقديره بأصل يرجع إليه؛ فلا يزاد الحق الذي لم يقدر على المقدر ها هنا، وله صور:

منها: الحد والتعزير؛ فلا يبلغ بتعزير الحر والعبد أدنى حدودهما إلا فيما سببه الوطء؛ فيجوز أن يبلغ بالتعزير عليه في حق الحر مئة جلدة بدون نفي، وقيل: لا يبلغ المئة، بل ينقص منه سوطاً، وفي حق العبد خمسين إلا سوطاً، ويجوز النقص منه على ما يراه السلطان، ومن الأصحاب من حكى أنه لا يبلغ بالتعزير في معصية حداً مشروعاً في جنسها، ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها، قال في «المغني»[1]: ويحتمله كلام أحمد والخرقي. وعن أحمد: لا يزاد في كل تعزير على عشر جلدات؛ لخبر أبي بردة[2].

ومنها: السهم من الغنيمة والرضخ؛ فلا يبلغ بالرضخ لآدمي سهمه المقدر ولا بالرضخ لمركوب سهمه المقدر.

النوع الثالث: أن يكون أحدهما مقدراً شرعاً، والآخر تقديره راجع إلى الاجتهاد، لكنه يرجع إلى أصل يضبط به؛ فهل هو كالمقدر أم لا؟

---

(١) «المغني» (٩/ ١٤٨).

(٢) الحديث رواه البخاري (٦٨٤٨، ٦٨٥٠)، ومسلم (١٧٠٨) ولفظه: «لا تجلدوا فوق عشرة أسواط؛ إلا في حدّ من حدود الله».

إن كان محلهما واحداً؛ لم يجاوز به المقدر، وفي بلوغه خلاف، وإن كان محلهما مختلفاً؛ فالخلاف في بلوغ المقدر ومجاوزته؛ فالأول كالحكومة إذا كانت في محل له مقدر؛ فلا يجاوز بها المقدر، وكذلك المحل، وفي بلوغه وجهان، والثاني؛ كدية الحر مع قيمة العبد، فإذا جاوزت قيمته الدية؛ فهل تجب القيمة بكمالها، أم لا يجوز أن يبلغ بها دية الحرب، بل ينقص منها؟

على روايتين، وقد يخرج عليهما جواز بلوغ الحكومة الأرش المقدر مطلقاً.

القاعدة الأربعون بعد المئة[1]

من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضي له لمانع؛ فإنه يتضاعف عليه الغرم.

ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: إذا قتل مسلم ذمياً عمداً؛ ضمنه بدية مسلم.

ومنها: من سرق من غير حرز؛ فإنه يتضاعف عليه الغرم، نص عليه، وقيل: يختص ذلك بالثمر والكثر.

ومنها: الضالة المكتومة تضمن بقيمتها مرتين، نص عليه أحمد في «رواية ابن منصور» معللاً بأن التضعيف في الضمان هو لدرء القطع، وهذا متوجه على أصله في قطع جاحد العارية.

ومنها: إذا قلع الأعور عين الصحيح؛ فإنه لا يقتص منه، وتلزمه الدية كاملة، نص عليه.

ومنها: الصغير إذا قتل عمداً، وقلنا: إن له عمداً صحيحاً؛ ضوعفت عليه الدية في ماله.

ومنها: السرقة عام المجاعة، قال القاضي في «خلافه»: يتضاعف الغرم فيها من غير قطع

---

(١) **قال السعدي**: (من سقطت عنه العقوبة لموجب ضوعف عليه الضمان).
وذلك إذا كان فعله سبباً ناهضاً لوجوب العقوبة عليه، ولكن سقطت عنه العقوبة لسبب من الأسباب. فإنه يضاعف عليه ضمان الشيء.
فمن ذلك من سرق تمراً أو ماشية من غير حرز سقط عنه القطع. ولكنه يضمن المسروق بقيمته مرتين) ا.هـ
قال ابن عثيمين: (خص المؤلف رحمه الله ذلك بالتمر والماشية. وعمم بعض أهل العلم ذلك، وقالوا: كل من سرق من غير حرز فإنه لا قطع عليه ولكن يضاعف عليه الغُرْم. والأولى أن يقتصر على ما جاء به النص وما لم يوجد فيه نص. فالأصل الا يضمن إلا بمثله أو قيمته) ا.هـ
قال السعدي: (ومن ذلك إذا قتل المسلم الذمي عمداً لم يقتص منه، لعدم المكافأة في الإسلام، ولكن تضاعف عليه الدية.
ومنها: إذا قلع الأعور عين الصحيح المماثلة لعينه الصحيحة عمداً لم يقتص من الأعور، لأنه يذهب بصره كله. ولكن تضاعف عليه دية العين. فيلزمه دية نفس كاملة) ا.هـ
قال ابن عثيمين: (مراد الشيخ بقوله: «دية نفس كاملة» يعني «دية عينين»، ودية العينين دية النفس» ا.هـ

على قول أحمد؛ لأنه احتج في «رواية الأثرم» بحديث عمر في رقيق حاطب.

ومنها: السرقة من الغنيمة، إذا قلنا: هل كالغلول، وأن الغال يحرم سهمه منها على رواية؛ فيجتمع عليه غرم ما سرقه مع حرمان سهمه المستحق منها، وقد يكون قدر السرقة وأقل وأكثر.

وليس من هذه القاعدة تغليظ الدية بقتل ذي الرحم المحرم عمداً؛ لأن القصاص فيه قد يكون واجباً في قتل غير الابن، وإنما هو لزيادة حرمة الجناية؛ فهو كالتضعيف بالقتل في الحرم والإحرام.

القاعدة الحادة والأربعون بعد المئة

إذا أتلف عيناً تعلق بها حق لله تعالى من يجب عليه حفظها واستيفاؤها إلى مدة معلومة؛ لزمه ضمانها بقيمتها في ذلك الوقت لا يوم تلفها، أو بمثلها على صفاتها في ذلك الوقت، لا يوم تلفها على أصح الوجهين.

ويتخرج على ذلك صور:

منها: لو ترك الساعي زكاة الثمار أمانة بيد رب المال، فأتلفها قبل جفافها، أو تلفت بتفريطه؛ ضمنها بقدرها يابساً لا رطباً على الصحيح، وعنه، يضمنها بمثلها رطباً.

ومنها: لو أتلف الأضحية أو الهدي قبل يوم النحر؛ فعليه ضمانه بأكثر القيمتين من يوم الإتلاف أو يوم النحر.

وفيه وجه: يضمنها بقيمتها يوم التلف بكل حال، كما لو كان أجنبياً.

وفي «الكافي»[1]: يضمنها بأكثر الأمرين من قيمتها أو هدي مثلها؛ لأنه فوت الإراقة والتفرقة بعد لزومها؛ فلزمه ضمانها، كما لو أتلف شيئين. قال: ويشترى بالقيمة هدياً ويحتمل أن يتصدق به.

ويلتحق بهذا: ما إذا أكل المضحي أو الهدي مما منع من أكله؛ فإنه يضمنه بمثله لحماً، نص عليه أحمد في «رواية ابن منصور»؛ لأنه تلزمه الإراقة والتفرقة، وقد أتى بأحدهما وبقي الآخر؛ فلزمه ضمانه، ولو أتلفه غيره؛ فعليه قيمته لأنه لا تلزمه الإراقة؛ فلزمته القيمة، ويشتري بها مثله.

---

(١) «الكافي» (١/٤٦٦).

القاعدة الثانية والأربعون بعد المئة

ما زال من الأعيان ثم عاد بأصل الخلقة أو بصنع آدمي؛ هل يحكم على العائد بحكم الأول أو لا؟

فيه خلاف يطرد في مسائل:

منها: لو قلع سنه أو قطع أذنه، فأعاده في الحال، فثبت اللحم كما كان ولم يبرّح؛ فهل يحكم بطهارته أم لا؟

نص أحمد على طهارته إذا ثبت والتحم، وعلى نجاسته إذا لم يثبت؛ فحكى القاضي المسألة على روايتين، وفرق ابن أبي موسى بين أن يثبت ويلتحم فيحكم بطهارته لعود الحياة إليه، بخلاف ما إذا لم يثبت، وهذا حسن، فإن كان ذلك بجناية جانٍ؛ فالمنصوص عن أحمد أنه لا قود فيه ولا دية سوى حكومة نقصه، واختاره أبو بكر، وبناه كثير من الأصحاب على القول بطهارته، وقال القاضي: حقه بحاله، فأما إن اقتص من الجاني فأعاده والتحم؛ فهل للمقتص إبانته ثانياً أم لا؟

نص أحمد في «رواية ابن منصور» على أن له إبانته، وعلل بأن القصاص للشين وقد زال الشين بذلك، وقال القاضي في «المجرد»: ليس له ذلك.

ومنها: لو قلع ظفر آدمي أو سنه أو شعره، ثم عاد أو جنى عليه فأذهب شمه أو بصره، ثم عاد بحاله؛ فلا ضمان بحال في المذهب؛ لأن أطراف الآدمي لا تضمن بالإتلاف؛ إذ ليست أموالاً، وإنما تضمن بما نقص الجملة، ولم يوجد نقص، ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد، صرح به جماعة.

ويتوجه التفريق؛ لأن أعضاء الرقيق أموال، ولهذا يجوز بيع لبن الأمة دون الحرة على وجه لنا، وقد ذكروا في الجارية المغصوبة إذا هزلت عند الغاصب ثم سمنت؛ فهل يضمن نقصها؟

على وجهين، والأشبه بكلامه أنه لا ضمان؛ لأنه نص في «رواية ابن منصور» فيمن كسر خلخالاً لغيره: إن عليه إصلاحه، وبينهما فرق؛ فإن إصلاح الخلخال نوع ضمان، بخلاف عود

السمن، ولكن صرح صاحب «التلخيص» بأنه لو غصب جداراً فنقضه ثم أعاده؛ فعليه أرش نقصه؛ إلا أن هذا بناه على أن الواجب الأرش؛ فالبناء عدوان؛ فلا يسقط به الواجب.

وكذلك ذكر القاضي فيما إذا باع الغاصب الدار المغصوبة، فنقضها المشتري ثم بناها: أن على المشتري ضمان ما بين قيمتها مبنية ومنقوضة يرجع به على الغاصب.

ومنها: نبات الحرم إذا قطعه أو قلع غصناً من شجرة منه ثم عاد؛ ففي ضمانه وجهان، وكذلك لو جنى على ريش طائر في الحرم أو الإحرام ثم نبت؛ فهل يضمنه؟

على وجهين؛ لتردد ضمان صيد الحرم ونباته، وصيد المحرم بين ضمان الأموال؛ إذ هي أموال في الجملة، وبين ضمان الآدميين؛ لأنه ضمان واجب لحق الله تعالى، والأشبه أن صيد الحرم ونباته ملحق بالآدمي؛ لعصمته بمحله بالنسبة إلى جميع الناس، بخلاف صيد المحرم؛ فإن تحريمه يختص به؛ فهو شبيه بالأموال المملوكة التي تحل لمالكها دون غيره.

ومنها: لو أعاره حائطاً لوضع خشبه عليه، فسقط الجدار ثم أعاده؛ فهل له إعادة الوضع أم لا؟

فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك بدون إذن؛ لأن الثاني غير الأول، فلم تتناوله الإعارة، ذكره القاضي وابن عقيل في باب العارية والصلح.

والثاني: له ذلك إن أعاده بآلته العتيقة، وإلا؛ فلا، وحكى عن القاضي أيضاً، ولا أظنه يصح عنه، ولو كان الوضع مستحقاً بعقد صلح؛ فله الوضع بكل حال وجهاً واحداً.

ومنها: إذا أجره داراً، فانهدم جدارها، فأعاده المؤجر؛ فصرح القاضي وابن عقيل بأن هذا الجدد لم يقع عليه العقد، وفرعا عليه أنه لا يجبر على التجديد، وكذا ذكر صاحب «التلخيص»، مع قوله: إن جدد؛ فلا خيار له، وحكى وجهاً بإجباره على التجديد كما يجبر على الترميم، ويتوجه التفريق بين أن تعاد بآلتها العتيقة أو غيرها؛ كما في التي قبلها.

ومنها: مسألة الجدار المشترك إذا انهدم وأعاده أحد الشريكين؛ فهل يعود حق شريكه فيه؟

إن أعاده بآلة جديدة؛ لم يعد، وإن كان بآلته العتيقة؛ فوجهان سبق ذكرهما.

ومنها: لو وصى له بدار فانهدمت فأعادها؛ فالمشهور بطلان الوصية بزوال الاسم، ولا يعود بعود البناء؛ لأنه غير الأول، ويتوجه عودها إن أعادها بآلتها القديمة.

وفيه وجه آخر: لا تبطل الوصية بكل حال، ولم لم يُعِدْ بناءها، وعلى هذا؛ فهل يستحق أنقاضها الموجودة حال الوصية؟

على وجهين يرجعان إلى أن الاعتبار هل هو بحال الوصية أو بحال الموت، وهل يستحق البناء المتجدد فيها؟

على وجهين أيضاً.

ومنها: إذا انهدمت الكنيسة التي تقرر في دار الإسلام؛ فهل يمكنون من إعادتها؟

على روايتين معروفتين بناءً على أن الإعادة هل هي استدامة أو إنشاء؟ ولو فتح بلد عنوة وفيه كنيسة منهدمة تقر؛ فهل يجوز بناؤها؟

فيه طريقان:

أحدهما: المنع منه مطلقاً.

والثاني: بناؤه على الخلاف في بناء المنهدمة.

القاعدة الثالثة والأربعون بعد المئة(١)

يقوم البدل مقام المبدل ويسد مسدَّه، ويبنى حكمه على حكمه في مواضع كثيرة.

قد سبق ذكر بعضها.

ومنها: إذا مسح على الخف ثم خلعه؛ فإنه يجزئه غسل قدميه على إحدى الروايتين، ولو فاتت الموالاة؛ لأن المسح كمل الوضوء وأتمه وقام مقام غسل الرجلين إلى حين الخلع، فإذا وجد الخلع وتعقبه غسل القدمين؛ فالوضوء كالمتواصل، وعلى هذا لو وجد ما يكفي لغسل بعض أعضاء الحدث الأصغر، فاستعمله فيها ثم تيمم للباقي، ثم وجد الماء بعد فوات الموالاة؛ لم يلزمه إلا غسل باقي الأعضاء، وهو ظاهر ما ذكره الشيخ مجد الدين في «شرح الهداية»، لكنه

---

(١) **قال السعدي**: (يقوم البدل مقام المبدل إذا تعذر المبدل منه قال الله تعالى بعد ما أوجب الطهارة بالماء: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ﴾ [المائدة:٦] فأقام التيمم عند تعذر طهارة الماء مقام طهارة الماء. فتقوم مقام طهارة الماء في كل شيء. ولا يستثنى شيء منها على الصحيح) ا.هـ

قال **ابن عثيمين**: (هذا أيضاً من الأصول المهمة أن البدل له حكم المبدل، التيمم عند عدم الماء يقوم مقامه. وعلى هذا فلا يبطل التيمم بخروج الوقت ولا يشترط للتيمم دخول الوقت، فلو علم الإنسان أنه لن يقدر على الماء بعد دخول الوقت وتيمم قبل دخول الوقت فالتيمم صحيح ولا يعيده إذا دخل الوقت. كرجل مريض لا يستطيع أن يتوضأ بالماء فتيمم قبل أذان الظهر. نقول إذا أذّن الظهر فصل، ولا يلزمك إعادة التيمم. رجل أيضاً تيمم لعدم الماء لصلاة الظهر ثم جاء وقت العصر وهو لا يزال عادماً الماء ولم ينتقض وضوءه، هل يبطل تيممه؟ لا يبطل، هذا هو القول الراجح. رجل تيمم عن جنابة لصلاة الفجر فهل يلزمه أن يتيمم عن هذه الجنابة لصلاة الظهر؟ لا؛ لأنه طهر من الجنابة بالتيمم الأول، لكن يلزمه أن يتيمم لصلاة الظهر إنْ أحدث أصغر وإن لم يحدث لم يلزمه إعادة التيمم.

المهم أن التيمم يقوم مقام الماء مطلقاً في كل الأحوال، لو تيمم لقراءة القرآن يصلي بهذا التيمم؟ نعم كما أنه لو توضأ لقراءة القرآن صلى، لكن متى وجد الماء وجب عليه استعماله لأن النبي ﷺ قال: «الصعيد الطيب وضوء المسلم -أو قال: طهور المسلم- وإن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجده فليتق الله وليمسه بشرته». ولأن النبي ﷺ قال للرجل الذي لم يصل الفجر لأن عليه جنابة ولم يجد الماء قال له: «عليك بالصعيد فإنه يكفيك». ثم جيء بالماء فأعطى النبي ﷺ هذا الرجل ماء وقال له: «أفرغه على نفسك». فدل هذا على أن التيمم إذا وجد الماء بطل) ا.هـ

وقال السعدي: (ومنها: إذا أبدلت الأضحية، أو الهدي، أو الوقف بغيره. قام هذا مقام الأصل) ا.هـ

وقال **ابن عثيمين**: (إذا أبدلت الأضحية بغيرها؛ يعني مثلاً كرجل اشترى شاة يضحي بها ثم طرأ عليه بعد أن عيّنها أن يذبح خيراً منها، فلا بأس وتقوم الثانية مقام الأولى، ويجوز له أن يبيع الأولى ويتصرف فيها كما شاء؛ لأن الثانية قامت مقامها) ا.هـ

بناه على سقوط الموالاة بالعذر.

ومنها: إذا افترق المتصارفان، ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً وأراد الرد وأخذ بدله في مجلس الرد؛ فهل ينتقض الصرف بذلك أم لا؟

على روايتين.

ومنها: إذا حضر الجمعة أربعون من أهل وجوبها، ثم تبدلوا في أثناء الخطبة أو الصلاة بمثلهم؛ انعقدت الجمعة وتمت بهم.

ومنها: لو أبدل نصاباً من أموال الزكاة بنصاب من جنسه؛ بنى على حول الأول على المذهب، ولو أبدله بغير جنسه، استأنف إلا في إبدال أحد النقدين بالآخر؛ فإن فيه روايتين، وخرج أبو الخطاب في «انتصاره»[1] رواية بالبناء في الإبدال من غير الجنس مطلقاً.

ومنها: لو أبدل مصحفاً بمثله؛ جاز، نص عليه، بخلاف ما لو باعه بثمن، وذكر أبو بكر في المبادلة: هل هي بيع أم لا؟

على روايتين، وأنكر القاضي ذلك وقال: هي بيع بغير خلاف، وإنما أجاز أحمد إبدال المصحف بمثله؛ لأنه لا يدل على الرغبة عنه ولا على الاستبدال به بعوض دنيوي، بخلاف أخذ ثمنه.

ومنها: لو أبدل جلود الأضاحي بما ينتفع به في البيت من آلاته؛ جاز، نص عليه؛ لأن ذلك يقوم مقام الانتفاع بالجلد نفسه ثم متاع البيت.

ومنها: إبدال الهدي والأضاحي بخير منها، وهو جائز، نص عليه، وكذلك إبدال الوقف إذا خرب والمسجد إذا باد أهله، وهي إبدال الوقف مع عمارته بخير منه روايتان.

ومنها: لو مات رب المال وهو في يد المضارب أو شريك العنان، وأراد الوارث تقريره، وأذن له في التصرف؛ جاز، وهل هو إبدال عقد أو استدامة؟

على وجهين ذكرهما في «التخليص» وغيره، وأشار إليهما القاضي وابن عقيل؛ فإن كان

---

(١) «الانتصار في المسائل الكبار» (٣/ ٢٢٥).

المال عرضاً، وقلنا: يصح القراض على العرض؛ فلا كلام، وإن قلنا: لا يصح؛ فخرجها القاضي على وجهين، قال في «التلخيص»: إن قلنا: هو ابتداء؛ فلا يصح، وإن قلنا: تقرير؛ جاز لأنه عرض هو اشتراه وجنس رأس المال قد تعين من قبل؛ فيرجع إليه، بخلاف الابتداء، وأما إذا مات العامل وأراد المالك تقرير وارثه، وكان المال عرضاً؛ فهو كالابتداء وجهاً واحداً، قاله القاضي والأكثرون، وفرقوا بين موت رب المال وموت العامل بأن رب المال ترك للوارث أصلاً يبني عليه، وهو المال؛ فلذلك صح بناء العقد عليه، بخلاف العامل؛ فإنه لم يكن منه سوى العمل، وقد زال بموته؛ فلم يخلف لوارثه أصلاً يبني عليه.

ومنها: لو كاتبه على عوض فأداه، فبان معيباً فرده؛ فهل يستحق بدله ولا يرتفع العتق، أم يرتفع العتق برده؟

على وجهين، وبناه بعضهم على أن الملك هل حصل بالقبض أم يقف على الرضى؟

ومنها: لو اعتاض عن دين الكتابة بغير جنسه؛ فهل يعتق المكاتب؟

على وجهين.

ومنها: أن العوض هل يقوم مقام المعوض في البر والحنث أم لا؟

على وجهين.

القاعدة الرابعة والأربعون بعد المئة

فيما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من الحقوق.

وهي نوعان: حق له، وحق عليه.

فأما النوع الأول؛ فما كان من حقوقه يجب بموته؛ كالدية والقصاص في النفس؛ فلا ريب في أن لهم استيفاءه، وسواء قلنا: إنه ثابت لهم ابتداءً أو منتقل إليهم عن موروثهم ولا تؤثر مطالبة المقتول بذلك شيئاً على المعروف من المذهب، ومال الشيخ تقي الدين[1] إلى أن مطالبته بالقصاص توجب تحتمه؛ فلا يتمكنون بعدها من العفو، وما كان واجباً له في حياته إن كان قد طالب به أو هو في يده؛ ثبت لهم إرثه.

فمنه: الشفعة إذا طالب بها، نص عليه أحمد في أكثر الروايات، وتوقف في «رواية ابن القاسم» وقال: هو موضع نظر.

ومنه: حد القذف، ونص عليه أيضاً، ويستوفيه الوارث لنفسه بحكم الإرث عند القاضي، وقال ابن عقيل فيما قرأته بخطه: إنما يستوفي للميت بمطالبته به ولا ينتقل، وكذا الشفعة فيه، فإن ملك الوارث وإن كان طارئاً على البيع؛ إلا أنه مبني على ملك موروثه.

ومنه: خيار الشرط، ونص عليه أحمد أيضاً.

ومنه: الدم نص عليه أحمد في «رواية محمد بن موسى»، والمراد به ما دون النفس إذا وجب له في حياته، ثم مات من غير سرايته بعد طلبه.

ومنه: خيار الرجوع في الهبة إذا طالب به، ذكره القاضي في «خلافه».

ومنه: الأرض الخراجية التي بيده؛ لأن هذا حق قد أخذ به وحازه، وكذلك الموات المتحجر وحقوق الاختصاصات التي تحت يده كلها.

---

(١) «الاختيارات» (ص٢١٩).

ومنه: حصة المضارب من الربح إذا قلنا: لا تملك بالظهور؛ فإن اشتراطه لها في العقد مع عمله في المال لأجلها أبلغُ من المطالبة باللفظ، وهذا بخلاف الغانم إن سلمناه على قولنا: لا يملك حصته بدون التملك؛ فإنه لم يجاهد للغنيمة، وإنما جاهد لإعلاء كلمة الله تعالى والغنيمة تابعة، وأما إن لم يكن طالب به؛ فهو ضربان:

احدهما: حقوق التملكات والحقوق التي ليست مالية؛ كالقصاص وحد القذف؛ ففيه قولان في المذهب، أشهرهما أنه لا يورث، ويندرج في ذلك صور:

منها: الشفعة؛ فلا تورث بدون مطالبته على المذهب، وله مأخذان أشار إليهما أحمد:

أحدهما: إنه حق له؛ فلا يثبت بدون مطالبته به، ولو علمت رغبته من غير مطالبة؛ لكفى في الإرث، ذكره القاضي في «خلافه».

والثاني: إن حقه فيها سقط بتركه وإعراضه، لا سيما على قولنا: إنها على الفور؛ فعلى هذا لو كان غائباً؛ فلهم المطالبة، وليس لهم ذلك على الأول.

ونقل عنه أبو الحارث: إذا مات صاحب الشفعة؛ فلولده أن يطلبوا الشفعة، تورث، وظاهر هذا أن لهم المطالبة بها بكل حال؛ فإنه صرح بنفي إرثها في «رواية مهنأ» وغيره؛ فقد وقع التردد في كلامه في ثبوت الإرث فيها.

ومنها: حق الفسخ بخيار الشرط؛ فلا يورث بغير مطالبة، نص عليه أيضاً.

وخرج أبو الخطاب وغيره وجهاً آخر: بإرثه مطلقاً.

ومنها: الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة؛ فلا يثبت بدون المطالبة أيضاً، صرح به القاضي، وظاهر كلام أبي الخطاب تخريج الخلاف فيه.

وعن أحمد في الهبة المخصص بها بعض الولد: إذا مات الواهب قبل التعديل والرجوع؛ هل للورثة الرجوع أم لا؟

روايتان مأخذهما أن رجوع الوالد في هذه الهبة هل هو من باب الرجوع في الهبة الثابت للوالد دون غيره فلا يقوم غيره فيه مقامه، أو هو ثابت لاستدراك الظلم والجور؟ وعلى هذا

فهل هو مأثور به لحق نفسه حيث ظلم واعتدى فأمر بالتعديل فإذا لم يفعله سقط، أو هو مأمور به لحق بقية الأولاد المظلومين فيثبت لهم الرد إذا تعذر الرد من جهته؟

ومنها: حد القذف؛ فلا يورث بدون المطالبة أيضاً، نص عليه، وخرج أبو الخطاب فيه وجهاً بالإرث مطلقاً.

ومنها: القصاص فيما دون النفس، وظاهر كلام أحمد كما قدمناه: إنه يسقط بدون الطلب، وظاهر كلام القاضي والأكثرين أنه يستوفى، وعللوا بأنه يسقط إلى مال؛ فهو كخيار الرد بالعيب.

ومنها: خيار قبول الوصية، والمنصوص عن أحمد: إن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل وصولها إليه، كذلك نقله عنه ابن منصور وغيره، وهو اختيار القاضي والأكثرين إذا مات قبل القبول، وقال الخرقي: يثبت الخيار بين القبول والرد لورثة الموصى له؛ لأن الوصية لزمت بموت الموصي؛ فهي كالمملوكة.

ونقل صالح عن أبيه[1]: إذا أوصى لقرابته أو أهل بيته، ثم مات بعضهم بعد الميت وقبل القسمة؛ قد وجبت الوصية لكل من أوصى له إذا كان حيّاً يوم أوصى له.

قال الشيخ مجد الدين: وهذا نص لما قال الخرقي، وليس بنص فيه؛ لاحتمال أن يكون أثبت ملكاً بمجرد الموت من غير قبول أو بالقبول؛ فليس في النص ما ينفيه صريحاً، ورواية ابن منصور بالبطلان لم يتعرض فيها للقبول بل للقبض.

الضرب الثاني: حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالأموال الموروثة؛ فتنتقل إلى الورثة بانتقال الأموال المتعلقة بها بدون المطالبة، بخلاف الضرب الأول؛ فإن الحقوق فيه من حقوق المالكين لا من حقوق الأملاك، ولهذا لا تجب الشفعة عندنا لكافر على مسلم؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق على المسلم.

ومن صور ذلك: الرهن، فإذا مات وله دين برهن؛ انتقل برهنه إلى الورثة.

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (٢/ ٢٧٧-٢٧٨).

ومنها: الكفيل، وهو كالرهن؛ لأنه توثقة؛ فهو كالشهادة، وعلله القاضي بأنه يستوفي منه المال؛ فهو كالرهن؛ فالضابط عنده أن ما فيه مال ينتقل إلى الورثة، وما لا؛ فلا.

ومنها: الضمان فإذا مات وله دين به ضامن؛ انتقل إلى الورثة مضموناً، بخلاف ما إذا أحال به رب الدين في حياته؛ فإنه ينفسخ الضمان بالحوالة، نص أحمد عليه في «رواية مهنا»؛ لأن الأجنبي ليس بخليفة لرب الدَّين؛ فلا ينتقل إليه بحقوقه، بخلاف الوارث.

ومنها: الأجل؛ فلا يحل الدين المؤجل إذا وثقه الورثة برهن أو كفيل في أشهر الروايتين.

ومنها: الرد بالعيب، وقد تردد القاضي في «خلافه»: هل هو ثابت للورثة ابتداءً أو بطريق الإرث؟ والمشهور أنه إرث؛ لأن الرد إنما يثبت لمن كان العقد له، والخيار الثابت بفوات الصفة المشترطة في العقد مثله، ذكره القاضي أيضاً معللاً بأنه يستحق فيه الأرش، وذكر القاضي في كتاب «التخريج»: إن من باع سلعة إلى أجل، ثم مات المشتري، فاشتراها البائع من وارثه بأقل من الثمن؛ لم يجز لأن الوارث يملكها على حكم ملك الميت، بدليل أنه يردها على بائعها بالعيب؛ فصار الشراء منه كالشراء من الموروث، وهذا غريب، وهو يشبه الوجه الذي حكاه ابن عقيل في بناء الوارث على حول الموروث في الزكاة.

النوع الثاني: الحقوق التي على الموروث، فإذا كانت لازمة؛ قام الوارث مقامه في إيفائها، وإن كانت جائزة، فإن بطلت بالموت؛ فلا كلام، وإن لم تبطل؛ فالوارث قائم مقامه في إمضائها وردها، ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: إذا مات وعليه ديون أو وصى بوصايا؛ فللورثة تنفيذها إذا لم يعين وصيّاً.

ومنها: إذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته؛ كالحج والمنذورات؛ فإن الورثة يفعلونها عنه، ويجب عليهم ذلك إن كان له مال، وإلا؛ فلا، ولو فعلها عنه أجنبي بدون إذنهم؛ ففي الإجزاء وجهان، وكذلك الكفارات الواجبة بالمال، قال في «المغني»[1]: إن أعتق فيها الأجنبي؛ لم يصح، وإن أعتق الوارث؛ صح لأنه قائم مقام الموروث في ماله وأداء واجباته.

(١) «المغني» (١٠/ ١١-١٢).

وفي «البلغة»[1]: إن كان له مال؛ صح عتقه عنه، وإن لم يكن له مال؛ لم يصح عتقه عنه، وصَحَّ إطعامه عنه، وأما الأجنبي؛ فلا يصح عتقه عنه، وفي صحة إطعامه عنه وجهان، ولو مات من أوجب أضحية قبل ذبحها؛ فالوارث يقوم مقامه في الذبح.

تنبيه:

كثير من الأصحاب يطلق ذكر الوارث هنا، وقال ابن عقيل وغيره: الأقرب فالأقرب، وكذلك قال الخرقي: هو الوارث من العصبة، فأما الوارث بالشفعة؛ فيدخل فيه العصبات وذوو الفروض والرحم، وأما الوارث لحد القذف؛ فكذلك على المنصوص، وقيل: يختص بالعصبة، وقيل: بم عدا الزوجين من الورثة.

ومنها: إذا مات الراهن قبل إقباض الرهن الذي لا يلزم بدون قبض؛ فوارثه قائم مقامه في اختيار التقبيض والامتناع، ذكره الأصحاب وقالوا: وهو ظاهر كلام أحمد في «رواية ابن منصور» وأبي طالب؛ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم؛ فلا يبطل في الموت؛ كالمبيع في مدة الخيار، بخلاف الشركة والمضاربة، مع أن في المضاربة خلافاً سبق.

ومنها: إذا مات الواهب قبل لزوم الهبة بالقبض؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يقوم وارثه مقامه في ذلك؛ كالرهن، قاله أبو الخطاب.

والثاني: يبطل، وهو المنصوص في «رواية ابن منصور»[2]، واختيار ابن أبي موسى، وقاله القاضي وابن عقيل في الهبة في الصحة، وأما الهبة في المرض إذا مات قبل إقباضها؛ فجعلا الورثة فيها بالخيار لشبهها بالوصية.

---

(١) هناك مجموعة في المؤلفات تحمل هذا الاسم:
١- البلغة في مختصر الكافي، لأحمد بن لإبراهيم الواسطي المعروف بابن شيخ الحزاميين (ت٧١١هـ) وهو مفقود.
٢- البلغة في الفقه لابن الجوزي (ت٥٩٧هـ) وهو مفقود.
٣- البلغة للحسين بن المبارك بن محمد الربعي الزبيدي البغدادي (ت٦٣١هـ) وهو مفقود.
٤- بلغة الساغب وبغية الراغب للفخر بن محمد بن تيمية (ت٦٢٢هـ) وقد طبع بتحقيق العلامة بكر أبو زيد وليس هو المقصود هنا.

(٢) مسائل الإمام أحمد لابن منصور (ص٥٢٣).

القاعدة الخامسة والأربعون بعد المئة

المعتدة البائن في حكم الزوجات.

في مسائل:

منها: إن المبتوتة في مرض الموت ترث في العدة دون ما بعدها على إحدى الروايتين؛ لأن الطلاق مانع من الإرث، فلما قصد به الفرار من الحق المنعقد سببه؛ ضعف منعه، فلم يعمل في المنع ما دامت علق الزوجية باقية.

ومنها: تحريم نكاح الأخت في عدة أختها البائن، والخامسة في عدة الرابعة؛ تنزيلاً لحالة العدة منزلة حالة النكاح.

ومنها: أن العدتين من رجلين لا يتداخلان، فإذا وطئت البائن بشبهة في عدتها؛ أتمت عدة الأول، واستأنفت العدة للثاني على المذهب؛ فلا تكون محبوسة على رجلين في عدة واحدة، كما لا تحبس عليهما في نكاح واحد، وإن كان الواطئ بشبهة هو الزوج؛ تداخلت العدتان؛ لأنهما من رجل واحد، إلا أن تحمل من أحد الوطئين؛ ففي التداخل وجهان لكون العدتين من جنسين.

وذكر أبو بكر فيما إذا وطئت زوجة الطفل، ثم مات عنها، ثم وضعت قبل تمام عدة الوفاة: إنها لا تحل له حتى تكمل عدة الوفاة. قال الشيخ مجد الدين: وظاهر هذا تداخل العدتين.

ومنها: لو طلق المدخول بها طلاقاً بائناً، ثم نكحها في العدة، ثم طلقها قبل الدخول؛ ففيها طريقان:

أحدهما: إنها على الروايتين في الرجعية إذا روجعت ثم طلقت في العدة قبل الإصابة؛ هل تبني أو تستأنف؟ وهو المذكور في «المجرد» و «الفصول» و «المحرر»[1].

والثاني: تبني هنا رواية واحدة، وهو ما في «تعليق القاضي» و «عمد الأدلة»؛ لانقطاع

---

(١) «المحرر» (٢/١٠٧).

النكاح الثاني عن الأول بالبينونة، بخلاف الرجعية.

ومنها: لو مات مسلم وزوجته ذمية، فأسلمت في العدة قبل قسمة ميراثه؛ فنص أحمد في «رواية البرزاطي»: على أنها ترث ما لم تنقض عدتها، وعلى هذا، فلو أسلمت المرأة أولاً ثم ماتت في مدة العدة؛ لم يرثها زوجها الكافر ولو أسلم قبل القسمة؛ لانقطاع علق الزوجية عنه بموتها.

وحكى القاضي عن أبي بكر: إن الزوجين لا يتوارثان بالإسلام قبل القسمة بحال. قال: وظاهر كلام الأصحاب خلافه، وأنه لا فرق في ذلك بين الزوجين وغيرهما؛ كما يرث الزوجان من الدية، سواء قبل بحدوثها على ملكهم أو على ملك الموروث. ولم يذكر القاضي المنصوص عن أحمد.

وأما نفقة البائن، فإن كانت بفسخ أو طلاق؛ فلها السكنى والنفقة مع الحمل، وإلا؛ فلا، هذا ظاهر المذهب؛ لأن النفقة في مقابلة التمكن من الاستمتاع، ولهذا لم يجب قبل التسليم ولا مع النشوز، وعنه لها السكنى خاصة إذا لم تكن حاملاً، وعنه لها النفقة والسكنى، حكاها ابن الزاغوني وغيره مطلقاً، وقيل: هي كالزوجة، يجوز لها الخروج والتحول بإذن الزوج مطلقاً.

القاعدة السادسة والأربعون بعد المئة

تفارق المطلقة الرجعية الزوجات.

في صور:

منها: إن في إباحتها في مدة العدة روايتين، وعلى رواية التحريم؛ فهل يجب لها المهر بالوطء؟

على وجهين.

ومنها: إن طلاقها في مدة العدة طلاق بدعة على أصح الروايتين.

ومنها: هل يصح اختيارها لزوجها إذا أعتقت تحت عبد؟

على وجهين.

ومنها: إن الإيلاء منها هل يصح؟

على روايتين.

ومنها: لو نكحت المطلقة ثلاثاً زوجاً آخر، فخلى بها ثم طلقها، وقلنا: تجب عليها العدة بالخلوة وثبتت الرجعة، وهو المذهب، ثم وطئها في مدة العدة؛ فهل يحل لزوجها الأول؟

على وجهين حكاهما صاحب «الترغيب».

ومنها: إذا علقت الرجعية في مدة العدة بولد؛ فهل تلحق بمطلقها أم لا؟

على روايتين.

ومنها: إن المعتدة من أجنبي من طفلها؛ هل تعود إلى حضانته في مدة الرجعة، أم لا تعود حتى تنقضي عدتها؟

على وجهين.

ومنها: لو مات زوج الرجعية؛ فهل تنتقل إلى عدة الوفاة أو تعتد بأطولهما؟

على روايتين.

ومنها: إن الرجعية يجب عليها لزوم منزلها لحق الله عز وجل؛ كالمتوفى عنها، نص عليه أحمد في «رواية أبي داود»[1]، وذكره القاضي في «خلافه» وصاحب «المحرر»[2]، وقيل: هي كالزوجة، يجوز لها الخروج والتحول بإذن الزوج مطلقاً.

(١) مسائل أحمد لأبي داود (ص١٨٤).

(٢) «المحرر» (٢/١٠٨).

القاعدة السابعة والأربعون بعد المئة

احكام النساء على النصف من أحكام الرجال.

في مواضع:

منها: الميراث.

ومنها: الدية.

ومنها: العقيقة: عن الغلام شاتان، وعن الجارية شاة.

ومنها: الشهادة.

ومنها: العتق، فيعدل عتق امرأتين بعتق رجل في الفكاك من النار؛ كما دل عليه الحديث[1]، وحكى ابن أبي موسى في المسألة روايتين:

إحداهما: كذلك.

والثانية -وجعلها المذهب-: إن عتق العبد والأمة في ذلك سواء.

ومنها: عطية الأولاد في الحياة، فإن المشروع عندنا أن يكون على سبيل الميراث، خلافاً لابن عقيل.

ومنها: الصلاة، فإن المرأة تسقط عنها الصلاة أيام الحيض، وأكثر الحيض على ظاهر المذهب خمسة عشر يوماً، وهو نصف الشهر.

---

(١) ولفظه: «وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين إلا كانتا فكاكه من النار، يُجزئ مكان كل عظيمين منهما عظم من عظامه» رواه داود (٣٩٦٧)، والنسائي في الكبرى (٤٨٨٣)، وأحمد (٤/ ٢٣٥)، والطبراني في «مسند الشاميين» (٣٧٢)، وفي الكبير (٢٠/ ٧٥٥،٧٥٦)، والبيهقي (١٠/ ٣٧٢) وسنده ضعيف وله شواهد يكون به صحيحاً.

القاعدة الثامنة والأربعون بعد المئة

من أدلى بوارث وقام مقامه في استحقاق إرثه؛ سقط به، وإن أدلى به ولم يرث ميراثه؛ لم يسقط به.

ويتخرج على ذلك مسألتان:

إحداهما: ولد الأم يدلون بالأم ويرثون معها؛ لأنهم يرثون بالأخوة لا بالأمومة.

والثانية: الجدة أم الأب ترث مع ابنها الأب على ظاهر المذهب؛ لأنها ترث ميراث جدة لا ميراث جد.

القاعدة التاسعة والأربعون بعد المئة

الحق الثابت لمعين يخالف الثابت لغير معين.

في أحكام:

منها: من له وارث معين ليس له أن يوصي بأكثر من ثلثه، ومن لا وارث له من ذي فرض ولا عصبة ولا رحم؛ هل له أن يوصي بماله كله أم لا؟

على روايتين؛ فمن الأصحاب من بناهما على هذه القاعدة، ومنهم من بناهما على أن بيت المال؛ هل هو عصبة وارث أم لا؟

ويتعلق بهذا إذا أقر الإمام بنسب من لا يعلم له وارث معين، قال القاضي وابن عقيل: يثبت نسبه؛ لأن المال للمسلمين والإمام نائبهم، وهذا كأنه تفريع على القول بتوريث بيت المال، ويتوجه مثل ذلك في إجازة الإمام وصية من وصى بكل ماله، وقلنا: لا تجوز له الزيادة على الثلث.

وذكر الأصحاب: إن من قتل ولا وارث له؛ فللإمام العفو عن قاتله إلى الدية، وليس له العفو مجاناً؛ لأنه كتوريث القاتل، وهل له أن يقتص؟

على وجهين قد سبق ذكر مأخذهما.

ومنها: الأموال التي يجهل ربها يجوز التصدق بها، بخلاف ما علم ربها، وقد سبق من ذلك صور عديدة.

ومنها: إذا مات من لا وارث له وله دين مؤجل؛ فهل يحل؟

قال القاضي في «المجرد» وابن عقيل وصاحب «المغني»[1]: يحل؛ لأن الأجل يستحقه الوارث، وقد عدم هنا.

---

(١) «المغني» (٤/ ٢٨٢).

وذكر القاضي في «خلافه» احتمالين؛ لأن له وارثاً، لكنه غير معين، وقد يتخرج على هذا ما إذا مات المستأجر ولا وارث له؛ هل تنفسخ الإجارة أم لا؟

فإن أحمد نص فيمن اكترى بعيراً ليحج عليه فمات في بعض الطريق، فإن عاد البعير خالياً؛ فعليه بقدر ما وجب له، ووجهه صاحب «المغني»[1] وغيره بأنه تعذر انتفاعه في بقية المدة، وليس له وارث يستوفي المنفعة؛ فانفسخت الإجارة بذلك.

وصرح الأصحاب بأن الإمام يأخذ بالشفعة إذا مات من لا وارث له بعد المطالبة بها، وفي «عمد الأدلة» لابن عقيل: إن حد القذف كذلك في قياس المذهب.

ومنها: إن المال المستحق لغير معين؛ كالزكاة لا يقف أداؤه على مطالبتهم ولا على مطالبة وكيلهم، وهو الإمام، ولهذا لا تسقط الزكاة عندنا بتلف النصاب قبل التمكن من الأداء، بخلاف المستحق لمعين؛ فإنه لا يجب الأداء إليه بدون مطالبة.

(١) «المغني» (٥/ ٢٧١).

القاعدة الخمسون بعد المئة

تعتبر الأسباب في عقود التمليكات كما تعتبر في الأيمان.

ويتخرج على هذا مسائل متعددة:

منها: مسائل العينة.

ومنها: هدية المقترض قبل الوفاء؛ فإنه لا يجوز قبولها ممن لم يجز منه عادة.

ومنها: هدية المشركين لأمير الجيش؛ فإنه لا يختص بها على المذهب، بل هي غنيمة أو فيء على اختلاف الأصحاب.

ومنها: هدايا العمال، قال أحمد في «رواية أبي طالب» في الهدايا التي تهدى للأمير فيعطى منها الرجل؛ قال: هذا الغلول. ومنع الأصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته.

ومنها: هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك؛ فإن سببها طلب استدامة النكاح، فإن طلقها؛ فلها الرجوع فيها، نص عليه أحمد في «رواية عبد الله»[1].

ومنها: الهدية لمن يشفع له شفاعة عند سلطان ونحوه؛ فلا يجوز ذكره القاضي، وأومأ إليه أحمد؛ لأنها كالأجرة، والشفاعة من المصالح العامة؛ فلا يجوز أخذ الأجرة عليها، وفيه حديث صريح في «السنن»[2].

ونص أحمد في «رواية صالح»[3] فيمن عنده وديعة فأداها، فأهديت له هدية: إنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة، وحكم الهدية عند أداء سائر الأمانات حكم الوديعة.

---

(١) مسائل أحمد لابنه عبدالله (٢٧٣).

(٢) والحديث في أبي داود (٣٥٤١)، وأحمد (٥/ ٢٦١)، والطبراني (٧٩٢٨) وسنده حسن بإذن الله ولفظه: «من شفع لأحدٍ شفاعة، فأهدى له هدية، فقبلها، فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا».

(٣) مسائل أحمد لابنه صالح (١/ ٣٢٠).

ومنها: ما نص عليه أحمد في «رواية ابن ماهان» فيمن اشترى لحماً، ثم استزاد البائع، فزاده، ثم رد اللحم بعيب؛ فالزيادة لصاحب اللحم لأنها أخذت بسبب العقد؛ فجعلها تابعة للعقد في الرد لأنها مأخوذة بسببه؛ وإن كانت غير لاحقة به.

وتأولها القاضي على أنها إن كانت مأخوذة في المجلس فلحقت بالعقد، وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد، ولا حاجة إلى ذلك.

ومنها: ما نقله الأثرم عن أحمد في المولى يتزوج العربية يفرق بينهما، وإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها؛ ترادوا، وإن كان أهدى هدية يردونها عليه.

قال القاضي في «الجامع»: لأن شاهد الحال يدل على أنه وهب له بشرط بقاء العقد، فإذا زال مَلَك الرجوع بها؛ كالهبة بشرط الثواب. انتهى.

وهذا في الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر، وكذلك الفرقة الاختيارية المسقطة للمهر، فأما الفسخ المقرر للمهر أو نصفه؛ فتثبت معه الهدية، فأما إن كانت العطية لغير المتعاقدين بسبب العقد؛ كأجرة الدلال ونحوها؛ ففي «النظريات» لابن عقيل: إن فسخ البيع بإقالة ونحوها؛ يقف على التراضي؛ فلا يرد الأجرة، وإن فسخ بخيار أو عيب؛ ردت لأن البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه. انتهى.

وقياسه في النكاح أنه إن فسخ لفقد الكفاءة أو لعيبٍ ردت، وإن فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة؛ لم ترد.

القاعدة الحادية والخمسون بعد المئة

دلالة الأحوال تختلف بها دلالة الأقوال في قبول دعوى ما يوافقها ورد ما يخالفها، ويترتب عليها الأحكام بمجردها.

ويتخرج عليه مسائل:

منها: كنايات الطلاق في حالة الغضب والخصومة لا يقبل دعوى إرادة غير الطلاق بها.

ومنها: كنايات القذف وحكمها كذلك على الصحيح؛ حتى إن ابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح.

ومنها: لو تلفظ الأسير بكلمة الكفر، ثم ادعى أنه كان مكرهاً؛ فالقول قوله لأن الأسر دليل الإكراه والتقية.

ومنها: لو أتى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء أو الحكاية، وقال: لم أرد الإسلام، مع دلالة الحال على صدقه؛ فهل يقبل منه؟

على روايتين حكاهما القاضي في «روايتيه»، ويتخرج عليهما: لو أقر بمال في هذه الحال، وأفتى جماعة بلزوم ما أقر به.

ومنها: لو أقر المحبوس أو المضروب عدواناً، ثم ادعى الإكراه؛ قُبِلَ قوله، نص عليه، ولو أحضر إلى سلطان فأقر، ثم ادعى أنه دهش ولم يعقل ما أقر به؛ لم يقبل. نص عليه أيضاً.

ويتخرج قبوله إذا ظهرت منه أمارة ذلك من تلجلجه في الكلام ورعدة ونحوها.

ومنها: لو دخل حربي إلينا ومعه سلاح، فادعى أنه جاء مستأمناً؛ لم يقبل قوله، وإن لم يكن معه سلاح؛ قبل، نص عليه، وكذلك لو جاء بعض عسكرنا بحربي وادعى أنه أسره، وقال: بل أمّنني؛ ففيه روايتان وثالثة: أن القول قول من يدل الحال على صدقه لضعفه أو قوته.

ومنها: لو جاء المكاتب سيده بتمام كتابته، فقبضها السيد ثم قال له: أنت حر، ثم بان المال مستحقاً وقال السيد: إنما أردت الإخبار بعتقه بالأداء، ولم أرد تنجيز عتقه؛ فالقول قوله، ذكره

القاضي في «المجرد» وابن عقيل، وقد نص أحمد في «رواية المروذي» في رجل قال لامرأته: إن خرجت؛ فأنت طالق. فاستعارت امرأة ثيابها، فلبستها، فأبصرها زوجها حين خرجت من الباب؛ فقال: قد فعلت! أنت طالق؛ قال: يقع طلاقه على امرأته. فنص على وقوع طلاقه على امرأته، مع أن الظاهر أنه أراد الإخبار بوقوع طلاقها المحلوف به على خروجها، ولم يدينه في ذلك.

وأيضاً؛ فلو قيل: إنه قصد إنشاء الطلاق؛ فإنما أوقعه عليها بخروجها الذي منعها منه، ولم يكن موجوداً، وهذا يشهد لقول القاضي فيما إذا قال لزوجته: أنت طالق أن دخلت الدار؛ بفتح الهمزة: أنها تطلق مطلقاً، سواء كانت قد دخلت أو لم تدخل، خلافاً لما ذكره ابن أبي موسى: إنها لا تطلق إذا لم تكن دخلت من قبل؛ لأنه إنما طلقها لعلة؛ فلا يثبت الطلاق بدونها.

وكذلك أفتى ابن عقيل في «فنونه» فيمن قيل له: قد زنت زوجتك، فقال: هي طالق، ثم تبين أنها لم تكن زنت: أنها لا تطلق، وجعل السبب كالشرط اللفظي، وهو قول عطاء بن أبي رباح.

ومنها: لو سرق عيناً وادعى أنها ملكه؛ ففي قطعه روايتان، ثالثها: إن كان معروفاً بالسرقة؛ قطع، وإلا؛ فلا، صححها صاحب «الترغيب».

ومنها: لو دفع ثوبه إلى من يخيطه أو يقصره، أو ركب سفينته وهو معروف بأخذ الأجرة على ذلك؛ استحق الأجرة.

ومنها: الهبة التي يراد بها الثواب بدلالة حال الواهب من غير شرط، نقل حنبل عن أحمد ما يدل على وجوب إثباته، والمشهور خلافه.

ومنها: لو وُجد لقيط وبقربه مال ظاهر أو مدفون دَفناً طريّاً؛ فإنه يحكم له به، وكذلك ما يكون بالقرب من الإنسان أو بين يديه من متاع أو طعام ونحوه، ذكره ابن عقيل؛ قال: وكذلك رزمة الثياب وحزمة الحطب يحكم بها للواقف بقُرْبها؛ لأن ذلك شاهد وضعها عنه الاستراحة؛ فكأنها على رأسه. انتهى.

وينبغي تقييده بمن كان يليق به حملها دون من لا يحملها مثله.

ومنها: لو تنازع الزوجان في متاع البيت، فما صلح للرجل؛ فهو للرجال، وما صلح للنساء؛ فهو للمرأة.

وكذلك لو اختلف صانعان في آلة دكان لهما، أو نازع رب الدار خياطاً فيها في إبرة أو مقص، أو تنازع المؤجر والمستأجر في رف مقلوع أو مصراع له شكل منصوب، ومن هذا الباب: اللوث في القسامة، والقضاء بمعاقد القمط -وهو رواية حكاها ابن أبي موسى-، وإلحاق النسب بالقافة عند الاختلاف.

ومنها: لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بكذبها، مثل أن ادعى على الخليفة أنه اشترى منه باقة بقل وحملها بيده؛ لم تسمع دعواه بغير خلاف، ذكره القاضي في «خلافه»، وإن أطلق الدعوى عليه؛ ففي سماعها قبل أن يبين أن لها أصلاً روايتان لاحتمال معاملته بوكيله.

ومنها: لو اختلف الزوجان في قدر المهر؛ فالقول قول من يدعى مهر المثل على إحدى الروايتين.

القاعدة الثانية والخمسون بعد المئة

المحرمات في النكاح.

أربعة أنواع:

النوع الأول: المحرمات بالنسب، وضابط ذلك أنه يحرم على الإنسان أصوله وفروعه وفروع أصله الأدنى؛ وإن سفلن، وفروع أصوله البعيدة دون بناتهن؛ فدخل في أصوله: أمه وأم أمه وأم أبيه؛ وإن علون، ودخل في فروعه بنته وبنت بنته وبنت ابنه؛ وإن نزلن، ودخل في فروع أصله الأدنى: أخواته من الأبوين أو من أحدهما وبناتهن وبنات الأخوة وأولادهم؛ وإن سفلن، ودخل في فروع أصوله البعيدة: العمات والخالات وعمات الأبوين وخالاتهما؛ وإن علون؛ فلم يبق من الأقارب حلالاً سوى فروع أصوله البعيدة، وهن: بنات العم وبنات العمات وبنات الخال وبنات الخالات.

النوع الثاني: المحرمات بالصهر، وهن أقارب الزوجين، وكلهن حلال؛ إلا أربعة أصناف: حلائل الآباء والأبناء وأمهات النساء وبنات النساء المدخول بهن؛ فيحرم على كل واحد من الزوجين أصول الآخر وفروعه؛ فيحرم على الرجل أم امرأته وأم أمها وأبيها؛ وإن علت، ويحرم عليه بنت امرأته -وهي الربيبة- وبنت بنتها؛ وإن سفلت، وتحرم بنت الربيب أيضاً، نص عليه في «رواية صالح»[1]، وذكر الشيخ تقي الدين[2] أنه لا يعلم فيه نزاعاً، ويحرم عليه أن يتزوج بامرأة أبيه؛ وإن علا، وامرأة ابنه؛ وإن سفل.

النوع الثالث: المحرمات بالجمع، فكل امرأتين بينهما رحم محرم يحرم الجمع بينهما، بحيث لو كانت إحداهما ذكراً؛ لم يجز له التزوج بالأخرى؛ لأجل النسب دون الصهر؛ فلا يجوز له الجمع بين المرأة وعمتها؛ وإن علت، ولا بينها وبين خالتها؛ وإن علت، ولا بين الأختين ولا بين البنت وأمها؛ وإن علت.

---

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (٢/ ٢٩).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٢/ ٦٥-٦٦).

قال الشعبي: كان أصحاب محمد ﷺ يقولون: لا يجمع الرجل بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً؛ لم يصلح له أن يتزوجها. ذكره الإمام أحمد في «رواية ابنه عبد الله» بإسناده[(١)]، وإنما قلنا: لأجل النسب دون الصهر؛ ليخرج من ذلك: الجمع بين زوجة رجل وابنته من غيرها؛ فإنه مباح؛ إذ لا محرمية بينهما ليخشى عليها القطيعة، لكن يرد على هذا من كان بينهما تحريم من الرضاع؛ فإنه يحرم الجمع بينهما، نص عليه في «رواية الأثرم» وحرب، وقد توقف في «رواية ابن منصور» فيكون تشبيه الزوجة بالمحرمة من الرضاع ظهاراً؛ فدل على أن تحريم الرضاع لا يساوي تحريم النسب من جميع الوجوه، والله أعلم.

النوع الرابع: المحرمات بالرضاع؛ فيحرم به ما يحرم من النسب في الأنواع الثلاثة المتقدمة، واختار الشيخ تقي الدين[(٢)] أنه لا يثبت به تحريم المصاهرة؛ فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع، ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنه من الرضاع، وقال أحمد في «رواية ابن بَدِينا»[(٣)] في حليلة الابن من الرضاع: لا يعجبني أن يتزوجها، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وليس على هذا الضابط إيراد صحيح سوى المرتضعة بلبن الزنا، والمنصوص عن أحمد في «رواية عبد الله»[(٤)] أنها محرمة؛ كالبنت من الزنا؛ فلا إيراد إذاً، والله أعلم.

(١) الأثر عند عبدالرزاق (١٠٧٦٨).

(٢) «الاختيارات» (٢١٣).

(٣) هو محمد بن الحسن بن هارون بدينا أبوجعفر الموصلي (ت٣٠٣هـ). وهو من تلامذة الإمام أحمد.

(٤) مسائل الإمام أحمد لابنه عبدالله (٣٣١).

القاعدة الثالثة والخمسون بعد المئة

ولد الولد؛ هل يدخل في مسمى الولد عند الإطلاق؟

هذا ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يدخل في مسماه مطلقاً مع وجود الولد وعدمه، وذلك في صور:

منها: المحرمات في النكاح؛ كالبنات وحلائل الأبناء.

ومنها: امتناع القصاص بين الأب وولده؛ كما جاء في الحديث: «لا يقتل وَلَدٌ بوالد»[1].

ومنها: امتناع قطعه في السرقة من مال ولده.

ومنها: رد شهادة الوالد لولده.

ومنها: وجوب إعفاف الولد على والده.

ومنها: جر الولاء، فإذا كان ابن معتقه قوم أبوه وجده رقيقان، فعتق جده؛ انتقل الولاء إلى موالي الجد، سواء كان الأب موجوداً أو لم يكن في إحدى الروايتين، وفي الأخرى: إن كان الأب مفقوداً؛ جر الجد الولاء إلى مواليه، وإن كان موجوداً؛ لم يجره بحال، وفي الثالثة: لا يجره الجد بحال؛ فيختص جر الولاء بعتق الأب.

ومنها: الوقف على الولد، فيدخل فيه ولد الولد، نص عليه أحمد في «رواية المروذي» و «يوسف بن موسى» و «محمد بن عبيد الله المنادي»، وهو الذي جزم به الخلال[2] وابن أبي موسى والقاضي فيما علقه بخطه على ظهر «خلافه» وغيرهم، وهل يدخلون مع آبائهم بالتشريك، أو لا يدخلون إلا بعدهم على الترتيب؟

على وجهين للأصحاب.

---

(١) الحديث أخرجه الطبراني في الأوسط (٨٦٥٢، ٨٩٠١)، والحاكم (٢/ ٢١٦)، وابن عدي في الكامل (٥/ ١٧١٣)، والعقيلي في الضعفاء (٣/ ١٨٢) وسنده ضعيف جداً ففيه عمر بن عيسى منكر الحديث.

والعكس هو المروي أي (لا يقتل والد بولده) وهو ثابت.

(٢) انظر الخلال في «الوقف والترجّل» (ص٥٩).

وعلى الترتيب فهل هو ترتيب بطن على بطن، فلا يستحق أحد من ولد الولد شيئاً مع وجود فرد من الأولاد، أو ترتيب فرد على فرد، فيستحق كل ولد نصيب والده بعد فقده؟

على وجهين، والثاني هو منصوص أحمد، وقد سبق ذكره، وفي «أحكام القرآن»[(١)] للقاضي: إن كان ثم ولد؛ لم يدخل ولد الولد، وإن لم يكن ولد؛ دخل، واستشهد بآية المواريث؛ قال: ويصح حمل اللفظ على حقيقته ومجازه في حالين مختلفين لا في جهة واحدة، مع أنه ذكر احتمالاً بأن إطلاق الولد على ولد الولد حقيقة؛ قال: والأشبه أنه مجاز لصحة نفيه.

وفي «المجرد» للقاضي: لو وقف على أولاده، ثم على أولاد أولاده، ثم على الفقراء؛ فهو بعد البطن الثاني من ولده للفقراء؛ فمن الأصحاب من فهم منه أن ولد الولد لا يدخلون في إطلاق الولد، ومنهم من قال: بل لما رتب بطناً بعد بطن مرتين، ثم جعله بعدهما للفقراء؛ علم أنه أراد البطنين الأولين خاصة، بخلاف حالة الإطلاق، وإلى هذا أشار صاحب «التلخيص».

ومنها: الوصية لولده، وقد جعل الأصحاب حكمها حكم الوقف، وذكر أبو الخطاب أن أحمد نص على دخولهم في ذلك، والمعروف عن أحمد إنما هو في الوقف، وأشار الشيخ تقي الدين[(٢)] إلى دخولهم في الوقف دون الوصية؛ لأن الوقف يتأبد فيستحقه ولده طبقة بعد طبقة، والوصية تمليك للموجودين؛ فيختص بالطبقة العليا الموجودة، وحيث قيل بدخول ولد الولد في الوقف والوصية؛ فإنما هو في ولد البنين، فأما ولد البنات؛ ففيه وجهان للأصحاب، اختار الخرقي والقاضي أنهم لا يدخلون، واختار أبوبكر وابن حامد دخولهم، ونص أحمد في رواية المروذي على أنهم لا يدخلون في الوقف على الولد؛ فمن الأصحاب من قال: لا يدخلون في مطلق الولد إذا وقع الاقتصار عليه، ويدخلون في مسمى ولد الولد؛ لأنهم من ولد الولد حقيقة وليسوا بولد حقيقة، وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازي، ومال إليها صاحب «المغني»[(٣)].

---

(١) وهو في الكتب المفقودة للقاضي. ويذكر الشيخ بكر أبوزيد في المدخل (٢/ ٨٩٤-٨٩٥) أنه لم ير للحنابلة كتاباً في تفسير آيات الأحكام إلا هذا وكتاب للخرقي كذلك.

(٢) «مجموع الفتاوى» (٣١/ ٣٠٩).

(٣) «المغني» (٥/ ٣٥٩).

ومنها: المنع من دفع الزكاة إلى الولد يدخل فيه ولد الولد، وسواء في ذلك ولد الذكور والإناث على المنصوص عن أحمد؛ لأن ولد البنت قد ثبت له حكم الولد في موضع فيثبت له حكم المنع من الزكاة، بخلاف الوقف والوصية؛ فإن المراعى فيهما صدق الاسم وثبوته في العرف لا جريان الحكم، والله أعلم.

النوع الثاني: ما يدخل فيه عند عدم الولد لا مع وجوده، وذلك في صور:

منها: الميراث؛ فيرث ولد الولد جدهم مع فقد أبيهم؛ كما يرثون آباءهم، ولكن لا يرثهم الجد مع فقد الأب؛ كما يرث الأب على ظاهر المذهب.

وفيه وجه آخر: إنه يرثهم كأب مطلقاً، بحيث يحجب الأخوة كلهم، واختاره ابن بطة وأبو حفص البرمكي والشيخ تقي الدين[1].

ومنها: ولاية النكاح؛ فيلي الجد فيها بعد الأب مقدماً على الابن على قول الخرقي والقاضي، لكن لا يقوم مقام الأب في الإجبار على المذهب، وحكى ابن الزاغوني رواية أنه يقوم مقامه في الإجبار.

ومنها: ولاية الصلاة على الجنازة؛ فيلي الجد بعد الأب مقدماً على الابن على الصحيح أيضاً.

ومنها: الحضانة؛ فإن الجد أولى رجالها بها بعد الأب.

النوع الثالث: ما لا يدخل فيه في مسمى الولد بحال، وذلك في صور كثيرة:

منها: الرجوع في الهبة.

ومنها: الأخذ من مال الولد لغير حاجة.

ومنها: ولاية المال، وفيه رواية.

---

(١) «الاختيارات» (١٩٧).

ومنها: الاستئذان في الجهاد.

ومنها: الاستتباع في الإسلام.

ومنها: الانفراد بالنفقة مع عدم وجود وارث غيره موسراً، فإن كان الوارث الذي معه معسراً؛ فالمعروف أن حكمه حكم سائر من تلزمه النفقة، هل يلزمه كمال النفقة أو بقدر إرثه؟

على روايتين، أصحهما: لا يلزمه أكثر من مقدار إرثه منه، وفي «الإقناع» لابن الزاغوني أن هذا الخلاف في الجد والجد خاصة، وأن سائر الأقارب لا يلزم الغني منهم النفقة إلا بالحصة بغير خلاف.

القاعدة الرابعة والخمسون بعد المئة

خروج البضع من الزوج؛ هل هو متقوم أم لا؛ بمعنى أنه: هل يلزم المخرج له قهرا ضمانه للزوج بالمهر؟

فيه قولان في المذهب، ويذكر أن روايتين عن أحمد، وأكثر الأصحاب كالقاضي ومن بعده يقولون: ليس بمتقوم، وخصوا هذا الخلاف بمن عدا الزوجة فقالوا: لا تضمن للزوج شيئاً بغير خلاف، واختار الشيخ تقي الدين[1] أنه متقوم على الزوجة وغيرها، وحكاه قولاً في المذهب.

ويتخرج على ذلك مسائل:

منها: لو أفسد مفسد نكاح امرأة قبل الدخول بها برضاع أو غيره؛ فإنه يجب عليه نصف المهر، حيث يلزم الزوج نصف المهر؛ كما إذا كانت الفرقة من الأجنبي وحده، وله مآخذ:

أحدها: إن خروج البضع من الزوج متقوم؛ فيتقوم قبل الدخول بنصف المهر المسمى، وفيه وجه بنصف مهر المثل.

والثاني: إنه ليس بمتقوم، لكن المفسد قرر هذا النصف على الزوج إذا كان بصدد أن يسقط عنه بانفساخ النكاح سبب من جهتها.

والثالث: إن المهر كله يسقط بالفرقة، لكن يجب لها نصف المهر وجوباً مبتدئاً بالفرقة التي استقل بها الأجنبي؛ فلذلك لزمه ضمانه، ذكره القاضي في «خلافه»، وفيه بعد.

وأما حيث لا يلزم الزوج شيء؛ كما إذا وطئ الأب أو الابن زوجته قبل الدخول بتمكينها؛ فهل يلزمه له نصف المهر أم لا؟

على وجهين مذكورين في «المغني» وغيره، وهما متنزلان على أن البضع؛ هل هو متقوم أم لا؛ إذ لا غرم هنا على الزوج.

ونقل مهنا عن أحمد في رجل تزوج امرأة، فبعثوا إليه ابنتها، فدخل بها وهو لا يعلم؛ قال:

---

(١) «الاختيارات» (٢٣٧).

حرمتا عليه جميعاً. قال: فقلت له: ما عليه؟ فقال: عليه لهذه المهر بما استحل من فرجها. قلت: وللأخرى ما عليه؟ قال: لها نصف الصداق. قلت: هل يرجع بالنصف الذي غرم لابنتها؟ قال: لا، وإنما لم يرجع هنا عنده؛ لأن فساد نكاحه منسوب إليه مباشرة؛ فلذلك استقر الضمان عليه.

ويتخرج فيه وجه آخر: إنه يرجع بما غرمه على من غره، وأما إن كان الإفساد بعد الدخول بإرضاع أو غيره؛ ففيه وجهان:

احدهما: إن على المفسد ضمان المهر المستقر على الزوج، وهو منصوص أحمد في «رواية ابن القاسم» بناءً على أن خروج البضع متقوم، وكما يضمن الغار المهر لمن غره؛ وإن استقر بالدخول، بل هنا أولى؛ لأن المغرور قد يكون فسخ النكاح باختياره، كما إذا دلس عليه عيب ونحوه؛ حيث لم يرض بالمهر إلا مع السلامة من العيوب، وهنا الفسخ بسبب الأجنبي؛ فإنه هو المانع للزوج من الاستمتاع؛ فكان الرجوع عليه بالمهر أولى؛ إذ الزوج يجب تمكينه من جنس الاستمتاع، ويعود إليه المهر بمنعه من جنسه إذا لم يكن ما يستحقه مقدراً، بخلاف منفعة الإجارة؛ فإنها تتقسط على المدة، مع أن الإجارة تسقط فيها الأجرة عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله.

والوجه الثاني: إنه لا ضمان على المفسد بحال لاستقرار المهر على الزوج بالوطء بناءً على أن خروجه غير متقوم، وإليه ميل ابن أبي موسى، واختاره طائفة من المتأخرين.

وأما إن كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره؛ فقال الأصحاب: لا ضمان عليها بغير خلاف؛ لئلا يلزم استباحة بضعها بغير عوض، واختار الشيخ تقي الدين[١] أن عليها الضمان، وأخذه من مسألة المهاجرة وامرأة المفقود؛ كما سيأتي.

وكما قال الأصحاب في الغارَّة: إنه لا مهر لها، بل عندنا في الإجارة أن غصب المؤجر يسقط الأجرة كلها، بخلاف غصب غيره؛ لاستحقاق التسليم عليه، وأجاب عمَّا قيل من استباحة البضع بدون عوض: بأن العوض وجب لها بالعقد، ثم وجب عليها ضمانه بسبب

---

(١) «الاختيارت» (٢٢٣).

آخر؛ فلم يخل العقد من عوض، كما يجب على البائع ضمان ما تعلق به حق توفيه بإتلافه قبل القبض، ولم يخل البيع من ثمن، والله أعلم.

ومنها: شهود الطلاق إذا رجعوا قبل الدخول؛ فإنهم يغرمون نصف المهر، وإن رجعوا بعد الدخول؛ فهل يغرمون المهر كله، أم لا يغرمون شيئاً؟

على روايتين مأخذهما تقويم البضع وعدمه وعلى التغريم يغرمون المهر المسمى، وقيل: مهر المثل.

ومنها: امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة، ثم قدم زوجها المفقود؛ فإنه يخير بين زوجته وبين المهر، فإن اختار المهر؛ أخذ من الزوج الثاني المهر الذي أقبضه إياها (أعني: الأول)؛ لأنه هو الذي استحقه على أصح الروايتين، وعلى الثانية يأخذ المهر الذي أعطاها الثاني، وبكل حال؛ فهل يستقر ضمانه على الزوج الثاني، أم يرجع به على المرأة؟

على روايتين:

إحداهما: يرجع به عليها؛ لأن الفرقة جاءت منها؛ فيستقر الضمان عليها.

والثانية: لا يرجع به؛ لأن المرأة استحقته بالإصابة؛ فلا يجوز أخذه منها.

ومنها: إذا طلق رجل امرأة، ثم راجعها في العدة وأشهد على الرجعة، ولم تعلم المرأة حتى انقضت عدتها، وتزوجت ودخل بها الثاني، وقلنا على رواية: إن الثاني أحق بها؛ فهل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا؟

على وجهين، واختار القاضي الضمان؛ لأن خروج البضع متقوم.

ومنها: إذا أسلمت امرأة من أهل دار الحرب وهاجرت إلينا، ثم تزوجها مسلم بعد انقضاء عدتها في دار الإسلام؛ فهل يلزمه أن يرد على زوجها الكافر مهرها الذي أمهرها إياه؟

على روايتين حكاهما ابن أبي موسى، وظاهر القرآن يدل على وجوبه، لكن أكثر الأصحاب على عدم الوجوب، لأن الآية نزلت في قصة صلح الحديبية وكان الصلح قد وقع على رد النساء قبل تحريمه، فلما حرم الرد بعد صحة اشتراطه؛ وجب رد بدله، وهو المهر، وأما

بعد ذلك؛ فلا يجوز اشتراط رد النساء؛ فلا يصح اشتراط رد مهورهن لأنه شرط مال للكفار من غير ضرورة، ومن اختار الوجوب؛ كالشيخ تقي الدين؛ منع أن يكون رد النساء مشروطاً في صلح الحديبية، ومنع عدم جواز شرط رد المهر، لا سيما إذا كان مشروطاً من الطرفين.

ومنها: خلع المسلم زوجته بمحرم يعلمان تحريمه؛ كخمر أو خنزير، قال أبو بكر والقاضي والأصحاب: هو كالخلع الخالي عن العوض، فإذا صححناه؛ لم يلزم الزوج شيء، بخلاف النكاح على ذلك، وعند الشيخ تقي الدين[1]: يرجع إلى المهر؛ كالنكاح، ويحتمله كلام الخرقي في خلع الأمة على سلعة بيدها أن يصح، ويتبع بقيمتها بعد العتق.

ومنها: مخالعة الأب ابنته الصغيرة بشيء من مالها، والمذهب أنه غير جائز، وأن الضمان على الأب، نص عليه أحمد في «رواية ابن الحكم»، خرج بعض المتأخرين جوازه بناءً على أن خروج البضع متقوم؛ فما بذل مالها إلا فيما له قيمة، فلا يكون تبرعاً.

وخرجه بعضهم من الرواية التي نقول فيها: إن للأب العفو عن نصف المهر في الطلاق قبل الدخول بناءً على أنه الذي بيده عقدة النكاح، وذكره صاحب «المغني»[2] احتمالاً في ولي الصغيرة والسفيهة والمجنونة مطلقاً إذا رأى الحظ في ذلك، وكذلك أشار إليه ابن عقيل في «الفصول».

ومنها: إذا قال لزوجته: أنت طالق بألف، فلم تقبل؛ طلقت رجعيّاً، ولم يلزمها شيء، نص عليه أحمد رحمه الله تعالى في «رواية مهنا»، ولو قال لعبده: أنت حر بألف، فلم يقبل؛ لم يعتق عند الأصحاب، والفرق بينهما أن خروج البضع غير متقوم، بخلاف العبد؛ فإنه مال محض.

وخرج الشيخ تقي الدين وجهاً[3]: إنه يعتق العبد بغير شيء كما في الطلاق؛ لأن الطلاق والعتاق فيهما حق لله تعالى وليس العوض بركن فيهما إذا لم يعلقهما عليه، بل أوقعهما منجزاً وشرط فيهما العوض، فإذا لم يلتزما العوض؛ لغي ووقع الطلاق والعتق؛ لما فيهما من الحق لله تعالى الذي لا يمكن إبطاله.

---

(١) «الاختيارات» (٢٥٠).

(٢) «المغني» (٧/ ١٩٥).

(٣) «مجموع الفتاوى» (٣١/ ١٠٣).

القاعدة الخامسة والخمسون بعد المئة

يتقرر المهر كله للمرأة بأحد ثلاثة أشياء:

الأول: الوطء؛ فيتقرر به المهر على كل حال، وأما مقدماته؛ كاللمس بشهوة والنظر إلى الفرج أو إلى جسدها، وهي عارية؛ فمن الأصحاب من ألحقه بالوطء وجعله مقرراً رواية واحدة؛ لأنه آكد من الخلوة المجردة، ومنهم من خرجه على وجهين أو روايتين من الخلاف في تحريم المصاهرة به.

وقال ابن عقيل: إن كانت عادته فعل ذلك في الملأ؛ استقر به المهر لأن ذلك خلوة مثله، وإلا؛ فلا، والمنصوص عن أحمد رحمه الله في «رواية مهنا»: إنه إذا تعمد النظر إليها وهي عريانة تغتسل؛ وجب لها المهر.

والثاني: الخلوة بمن يمكنه الوطء بمثله، فإن كان ثم مانع؛ إما حسي؛ كالجبِّ والرَّتَق، أو شرعي؛ كالإحرام والحيض؛ فهل يقرر المهر؟

على طرق للأصحاب:

أحدها: إن في المسألة روايتين مطلقتين، وهي طريقة القاضي في «الجامع» وصاحب «المحرر»[1]، وكذلك صاحب «المغني»[2]؛ إلا أنه زاد رواية ثالثة بالفرق بين المانع المتأكد شرعاً كالإحرام وصيام رمضان؛ فلا يستقر معه المهر، بخلاف غيره.

والثانية: إن كان المانع من الوطء ودواعيه؛ كالإحرام وصيام رمضان؛ ففيه روايتان، وإن كان لا يمنع الدواعي؛ كالحيض والجب والرتق؛ استقر رواية واحدة، وهي طريقة القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول».

والثالثة: إن كانت الموانع بالزوج؛ استقر الصداق رواية واحدة، وإن كانت بالزوجة؛ فهل يستقر؟

---

(١) «المحرر» (٢/ ٣٥).

(٢) «المغني» (٧/ ١٩٢).

على روايتين، وهي طريقة القاضي في «خلافه».

ومن الأصحاب من حكى رواية أخرى: إنه لا يستقر المهر بالخلوة بمجردها بدون الوطء؛ أخذاً مما روى يعقوب بن بختان عن أحمد: إذا خلا بها، وقال: لم أطأ، وصدَّقته؛ أن لها نصف الصداق وعليها العدة، وأنكر الأكثرون هذه الرواية، وحملوا «رواية يعقوب» هذه على وجه آخر، وهو أن الخلوة إنما قررت المهر؛ لأنها مظنة الوطء المقرر؛ فقامت مقامه في التقرير لأن حقيقة الوطء لا يطلع عليه غالباً؛ فتعلق الحكم بمظنته مظنته، فإذا تصادق الزوجان على انتفاء الحقيقة التي هي الوطء؛ لم يقبل ذلك في إسقاط العدة لأن فيها حقاً لله عز وجل، وهل يقبل في سقوط نصف المهر؟

على روايتين، نقل ابن بختان قبوله؛ لأنه حق محض للزوجة، وقد أقرت بسقوطه، ونقل الأكثرون عدم قبوله؛ لملازمته للعدة، وهذا يرجع إلى أن الخلوة مقررة لكونها مظنة للوطء، ومن الأصحاب من قال: إنما قررت لحصول التمكين بها، وهي طريقة القاضي، وردها ابن عقيل بأن الخلوة مع الجب لا تمكن معها، قال: وإنما قررت لأحد أمرين: إما لإجماع الصحابة، وهو حجة، أو لأن طلاقها بعد الخلوة بها وردها زهداً فيها فيه ابتذال وكسر لها؛ فوجب جبره بالمهر، وقيل: بل المقرر وهو استباحة ما لا يستباح إلا بالنكاح من المرأة؛ فدخل في ذلك الخلوة واللمس بمجردهما؛ لأن ذلك كله معقود عليه في النكاح، والمهر يستقر بنيل بعض المعقود عليه لا يقف على نيل جميعه، وهذا ظاهر كلام أحمد في «رواية حرب»، وقيل له: فإن أخذها وعندها نسوة، فمسها وقبض عليها ونحو ذلك من غير أن يخلو بها؛ قال: إذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره؛ فعليه المهر، وعلى هذا؛ فقال الشيخ تقي الدين[1]: يتوجه أن يستقر المهر بالخلوة؛ وإن منعته الوطء، بخلاف ما ذكره ابن حامد والقاضي والأصحاب.

المقرر الثالث: الموت قبل الدخول، وقيل: الفرقة، وإن طلقها في المرض ثم مات فيه؛ فهل يستقر لها المهر؟

على روايتين بناءً على توريثها منه وعدمه.

المقرر الرابع: إذهاب العذرة بالدفع على رواية خرجها صاحب «المغني»[2]، وقد سبقت.

---

(١) «الاختيارات» (٢٣٧).

(٢) «المغني» (٧/ ١٩٤).

القاعدة السادسة والخمسون بعد المئة

فيما يتنصف به المهر قبل استقراره وما تسقط به الفرقة قبل الدخول.

إن كانت من جهة الزوج وحده أو من جهة أجنبي وحده؛ تنصف بها المهر المسمى، وإن كانت من جهة الزوجة وحدها؛ سقط بها المهر، وإن كانت من جهة الزوجين معاً أو من جهة الزوجة مع أجنبي؛ ففي تنصيف المهر وسقوطه روايتان؛ فهذه خمسة أقسام:

القسم الأول: ما استقل به الزوج، وله صور:

منها: طلاقه، وسواء كان منجزاً أو معلقاً بصفة، وسواء كانت الصفة من فعلها أو لم تكن، كذا ذكره الأصحاب؛ قالوا: لأن السبب كان منه، وهو الطلاق، وإنما حقيقته بوجود شرطه، والحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب، وقال الشيخ تقي الدين[1]: إن كانت الصفة من فعلها الذي لها منه بد؛ فلا مهر لها.

ويمكن تخريج ذلك من إحدى الروايتين في المريض إذا علق طلاق امرأته على ما لها منه بد ففعلته؛ فإن في إرثها روايتين، ويشهد لذلك مسألة التخيير؛ فإنه لو خيرها قبل الدخول فاختارت نفسها؛ فهل يسقط مهرها أو يتنصف؟

على روايتين حكاهما ابن أبي موسى، والتخيير توكيل محض، والتعليق بفعلها في معناه، والمنصوص عن أحمد رحمه الله أنه لا مهر للمخيرة، قال مهنا: سألت أحمد عن رجل تزوج امرأة، ثم طلبت منه الخيار فاختارت نفسها، ولم يكن دخل بها؛ لها عليه نصف الصداق. قال: في قلبي منها شيء. ثم قال: لا ينبغي أن يكون لها شيء. قلت: إني سألت غير واحد فقال: يكون لها عليه نصف الصداق. فقال لي: فإن أسلمت امرأة مجوسية وأبى زوجها أن يسلم؛ يكون لها عليه صداقها؟ قال: في هذا يدخل عليهم. انتهى.

ومنها: خلعه، ونصُّ أحمد في رواية مهنا أنه يوجب نصف المهر، وعلله القاضي بأن الخلع

---

(١) «الاختيارات» (٢٦٨).

يستقل به الزوج؛ لأنه يصح مع الأجنبي بدون رضى المرأة؛ فلذلك نسب إليه.

وفيه وجه آخر: إنه يسقط به المهر؛ فمن الأصحاب من خرجه على أنه فسخ؛ فيكون كسائر الفسوخ من الزوج، ومنهم من جعله مما يشترك فيه الزوجان؛ لأنه إنما يكون بسؤال المرأة؛ فتكون الفرقة فيه من قبلها، ولذلك يسقط إرثها بالخلع في المرض، وهذا على قولنا: لا يصح مع الأجنبي إذا قلنا: هو فسخ أظهر، فأما إن وقع مع الأجنبي وصححناه؛ فينبغي أن يتنصف به المهر وجهاً واحداً، ومنها إسلامه والزوجة غير كتابية في إحدى الروايتين، وفي الأخرى: يسقط المهر؛ لأنه فعل الواجب عليه، وإنما وقعت الفرقة بامتناعها من الإسلام؛ فلا يكون لها مهر.

ومنها: ردته عن الإسلام.

ومنها: إقراره بالنسب أو بالرضاع أو غير ذلك من المفسدات؛ فيقبل منه في انفساخ النكاح دون سقوط النصف.

ومنها: أن يطأ أم زوجته أو ابنتها بشبهة أو زناً؛ فينفسخ نكاح البنت، ويجب لها نصف الصداق، نص عليه أحمد في «رواية ابن هانئ»[1].

ويستثنى من هذا القسم الفسوخ التي يملكها الزوج لضرر يلحقه؛ إما لظهور عيب في الزوجة، أو فوات شرط؛ فيسقط بها المهر لأن حكم الفسوخ في العقود لعيب ظهر في المعقود عليه نزاد العوضين من الجانبين، وقد وجد ذلك قبل تمكنه من قبض المعقود عليه واستيفائه، وإنما استحقت نصف المهر في الطلاق وما كان في معناه؛ جبراً لها، حيث لم يكن له موجب من جهتها، وهنا قد وجد سبب من جهتها؛ فصار كالمنسوب إليها.

القسم الثاني: ما استقل به الأجنبي وحده.

ومن صور ذلك: أن ترضع زوجته الكبرى زوجته الصغرى.

ومنها: أن يكره رجل زوجة أبيه أو ابنه على الوطء قبل الدخول.

---

(١) مسائل أحمد لابن هانئ (١/ ٢٠٩).

القسم الثالث: ما استقلت به الزوجة وحدها، وله صور:

منها: ردتها.

ومنها: إسلامها، وفيه رواية أخرى: إن لها نصف المهر؛ لأنها فعلت الواجب عليها؛ فنسب الفسخ إلى امتناع الزوج من الإسلام.

ومنها: إرضاعها ممن يثبت به المحرمية بينها وبين الزوج، وكذلك ارتضاعها بنفسها وهي صغيرة.

ومنها: فسخها النكاح لعيب الزوج، قال الأصحاب: هو منسوب إليها؛ فيسقط به مهرها، بخلاف فسخ الزوج لعيبها؛ فإنه منسوب إليها لا إليه؛ فيسقط المهر أيضاً لذلك، وفرقوا بينهما بأن فسخه لعيبها رد للمعقود عليها بعيب؛ فلا ينسب إلا إلى من دلس العيب، بخلاف فسخها لعيبه؛ فإن العيب ليس في المعقود عليه، بل في غيره؛ فقد امتنعت من تسليم المعقود عليه مع سلامة العوضين لضرر دخيل؛ فلذلك نسب الفعل إليها، وهذا يرجع إلى أن الزوج غير معقود عليه في النكاح، وفيه خلاف سبق ذكره، والأظهر في الفرق أن يقال: الفسوخ الشرعية التي يملكها كل من الزوجين على الآخر إنما شرعت لإزالة ضرر حاصل، فإذا وقعت قبل الدخول؛ فقد رجع كل من الزوجين إلى ما بذله سليماً كما خرج منه؛ فلا حق له في غيره، بخلاف الطلاق وما في معناه من موجبات الفرقة بغير ضرر ظاهر؛ فإنه يحصل بها للمرأة انكسار وضرر؛ فجبره الشارع بإعطائها نصف المهر عند تسمية المهر والمتعة عند فقد التسمية، والله أعلم.

ونقل مهنا عن أحمد في مجبوب تزوج امرأة، فلما دخل عليها لم ترض به؛ لها ذلك، وعليه نصف الصداق إذا لم ترض به. قال الشيخ تقي الدين[1]: هذا يدل على أن المرأة إذا فسخت قبل الدخول؛ فلها نصف الصداق لأن سبب الفسخ هو العيب من جهته، وهي معذورة في الفسخ. وأما القاضي؛ فقال: قد وجد الدخول، وإنما لم يقرر المهر كله؛ للمانع القائم به.

(١) «مجموع الفتاوى» (٢٣/ ٢٦).

ومنها: فسخها النكاح لإعسار الزوج بالمهر أو النفقة أو غير ذلك؛ كالفسخ لفوات شرط صحيح، قال القاضي والأكثرون: هو منسوب إليها؛ فيسقط به مهرها؛ كما في الفسخ لعيب الزوج. وقال أبو بكر في «التنبيه»: فسخها لفوات الشرط يجب لها به نصف المهر؛ لأن فوات الشرط من قبل الزوج؛ فنسب الفسخ به إليه دونها، وقياسه الفسخ لمنع النفقة ونحوه مما هو من فعل الزوج وهو قادر على إزالته.

فأما الفسخ لعسرته؛ فهو كالفسخ لعيبه على ما تقدم، قال الشيخ تقي الدين[1]: ويلزم من قال: إن خروج البضع متقوم بمهر المثل، وأن الفرقة من جهتها كإتلاف البائع للمبيع قبل القبض: أن يخير الزوج بين مطالبتها بمهر المثل وضمان المسمى لها، وبين إسقاط المسمى.

ومنها: فسخ المعتقة تحت عبد قبل الدخول، وفيه روايتان:

إحداهما: لا مهر لها، اختارها الخرقي وغيره؛ لاستقلالها بالفسخ؛ كالحرة.

والثانية: يتنصف المهر، نقلها مهنا، واختارها أبو بكر؛ لأن السيد هو مستحق المهر؛ فلا يسقط بفسخ غيره، ويجاب عنه بأن إعتاق السيد تسبب في الفسخ؛ فسقط حقه لتسببه في سقوطه، وإن باشره غيره كمن قال لغيره: ألق متاعي في البحر. ففعل.

القسم الرابع: ما اشترك فيه الزوجان، وله صور:

منها: لعانهما؛ فذكر أبو بكر أن فرقة اللعان جاءت من جهة الزوجة لأن الفرقة إنما تقع بلعانها، وقال القاضي: يتخرج على روايتين، أصلهما: إذا لاعنها في مرض موته؛ فهل ترثه؟ على روايتين.

ومنها: تخالعهما، وقد سبق أن المنصوص عن أحمد أن لها نصف الصداق، وهو قول القاضي وأصحابه.

وإن لنا وجهاً آخر: أنه يسقط المهر كله إذا قلنا: هو فسخ؛ فإنه يكون منسوباً إليهما؛ فيكون

(١) «الاختيارات» (٢٢٣).

كالتلاعن، بخلاف ما إذا قلنا: إنه طلاق؛ فإن الطلاق يستقل به الزوج؛ فهو كما لو قال لها ابتداءً: أنت طالق بألف، فقبلته.

ويتخرج لنا وجه آخر: إنه يسقط به المهر، وإن قلنا: هو طلاق بناءً على أنه جاء من قبلها بسؤالها، ولهذا كان لنا فيمن خالعت زوجها في مرضه؛ هل ترثه؟

روايتان، وجزم ابن أبي موسى بأنها لا ترثه؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها؛ فلا يكون لها شيء من الصداق حينئذ يؤيد هذا أن الخلع يسقط حقوق الزوجية كلها في إحدى الروايتين عن أحمد، ونصف المهر من الحقوق؛ فيسقط على هذه الرواية.

القسم الخامس: ما كان من جهة الزوجة مع أجنبي، وله صور:

منها: شراؤها للزوج، وفيه وجهان:

أشهرهما -وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه-: إنه يتنصف بها المهر تغليباً لجهة الأجنبي هنا، وهو البائع؛ إذ هو أصل العقد، ومنه نشأ، وعنه تلقى.

والثاني: يسقط المهر تغليباً لجهة الزوجة؛ إذ الانفساخ متعقب لقبولها.

فأما شراء الزوج لزوجته؛ فهل يتنصف به المهر أو يسقط؟

على وجهين أيضاً، واختار أبو بكر أنه يسقط تغليباً لجهة البائع هنا أيضاً، وهو سيد الأمة المستحق لمهرها؛ فهو كمجيء الفسخ من الحرة المستحقة للمهر، وهذا متجه على ما اختاره في فسخ المعتقة تحت عبد؛ فعلى هذا، لو باعها السيد الذي زوجها لأجنبي، ثم باعها الأجنبي للزوج قبل الدخول؛ لم يسقط المهر؛ لأن الفرقة جاءت من البائع الثاني، وهو غير مستحق المهر، هذا ظاهر كلام صاحب «المحرر»[1].

وعلل صاحب «الكافي»[2] سقوط المهر بأن الزوجة شاركت في الفسخ فسقط مهرها؛

---

(١) «المحرر» (٢/ ٣٥).

(٢) «الكافي» (٣/ ٩٨).

كالفسخ بعيب، ومعنى هذا أن كونها أمة صفة لها ثابتة بعد ملك الزوج، وذلك يوجب الفسخ؛ فأسند إليه؛ وإن لم يكن باختيارها، كما أسند فسخها لعيب الزوج إليه؛ وإن لم يكن باختياره، وعلى هذا؛ فلا فرق بين شرائها من مستحق مهرها وغيره، وهو مقتضى إطلاق الأكثرين.

ومنها: إذا مكنت الزوجة من نفسها من ينفسخ النكاح بوطئه؛ كأبي الزوج أو ابنه؛ فقال القاضي ومن تبعه: يسقط مهرها؛ إسناداً للفسخ إليها. وقال الشيخ تقي الدين: يتخرج على وجهين؛ لأن الفرقة منها ومن أجنبي.

وبقي ها هنا قسم سادس: وهو الفرقة الإجبارية، ولها صور:

منها: أن يسلم الكافر وتحته عدد لا يجوز له جمعه في الإسلام؛ فينفسخ نكاح العدد الزائد؛ فلا يجب لهن شيء من المهر، ذكره القاضي في «الجامع» و «الخلاف»، معللاً بأنه ممنوع من إمساكهن؛ فهو كالنكاح الفاسد، وجزم به صاحبا «المغني» و «المحرر»[1].

ويتخرج لنا وجه آخر: إنه يجب نصف المهر من المسألة التي بعدها.

وأما الطلاق في النكاح الفاسد؛ فذكر ابن عقيل وجهاً: أن المهر يتنصف به قبل الدخول، وعلى المشهور؛ فإنما سقط لأن المهر يجب في النكاح الفاسد بالإصابة لا بالعقد، بخلاف الصحيح.

ومنها: إذا تزوج أختين في عقدين، وأشكل السابق، وأمرناه بالطلاق، فطلقها؛ فقال أبو بكر: يتوجه في المهر قولان:

أحدهما: يجب نصف المهر، ثم يقترعان عليه، فمن وقعت عليها القرعة؛ حكم لها به لأنه واجب لأحدهما في نفس الأمر، فتعين بالقرعة.

والثاني: لا يجب شيء؛ لأنه مكره على الطلاق، فكأن الفسخ جاء من جهة المرأة؛ فلا يستحق شيئاً.

(١) «المغني» (٧/ ١٢٠-١٢١)، «المحرر» (٢/ ٢٨-٢٩).

والمنقول عن أحمد في هذه المسألة ما نقله عنه مُهَنَّا: أنه قال: يفرق بينهما، وقد قيل: يكون نصف المهر لهما جميعاً، وما أخلقه أن يكون كذلك! ولكن لم أسمع فيه شيئاً، وهذا يدل على أنهما يقتسمان نصف المهر لا يقترعان عليه، ولو زوج الوليان امرأة من زوجين، وجهل السابق منهما، وأمرناهما بالطلاق؛ فهل يجب لها نصف المهر على أحدهما ويعين بالقرعة، أم لا يجب لها شيء؟

على وجهين، وحكي عن أبي بكر أنه اختار أنه لا شيء لها، وبه أفتى أبو علي النجاد، قال الشيخ تقي الدين[1]: ويتخرج على هذا الخلاف ما إذا ورثت المرأة زوجها؛ فإن الفرقة ها هنا بفعل الله عز وجل؛ فهو كاشتباه الزوج.

---

(١) «الاختيارات» (٢٠٦-٢٠٧).

القاعدة السابعة والخمسون بعد المئة

إذا تغير حال المرأة المعتدة بانتقالها من رق إلى حرية، أو طرأ عليها سبب موجب لعدة أخرى من الزوج؛ كوفاته؛ فهل يلزمها الانتقال إلى عدة الوفاة أو إلى عدة حرة؟

إن كان زوجها متمكناً من تلافي نكاحها في العدة؛ لزمها الانتقال، وإلا؛ فلا إلا ما يستثنى من ذلك من الإبانة في المرض، ويتخرج على هذا مسائل:

منها: الرجعية إذا عتقت أو توفي زوجها؛ انتقلت إلى عدة حرة وعدّة وفاة.

ومنها: إذا كان تحت عبد مشرك إماء فأسلمن وأعتقن؛ فإن عدتهن عدة حرائر لأنه عتق في عدة يتمكن الزوج فيها من الاستدراك بالإسلام؛ فهي في معنى عدة الرجعية، بخلاف ما لو أسلم العبد ثم عتق الإماء وهن على الشرك؛ فإن عدتهن عدة إماء لأن الزوج لا يمكنه تلافي نكاحها.

ومنها: المرتد إذا قتل في عدة امرأته؛ فإنها تستأنف عدة الوفاة، نص عليه في «رواية ابن منصور»؛ لأنه كان يمكنه تلافي النكاح بالإسلام بناءً على أن الفسخ يقف على انقضاء العدة.

ومنها: لو أسلمت امرأة كافرة، ثم مات قبل انقضاء العدة؛ فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة في قياس التي قبلها، ذكره الشيخ تقي الدين[1].

---

(١) «مجموع الفتاوى» (٣١/ ٣٧١-٣٧٢).

القاعدة الثامنة والخمسون بعد المئة

إذا تعارض معنا أصلان عمل بالأرجح منهما؛ لاعتضاده بما يرجحه، فإن تساويا؛ خرج في المسألة وجهان غالباً.

ومن صور ذلك: ما إذا وقع في الماء نجاسة، وشك في بلوغه القلتين؛ فهل يحكم بنجاسته أو بطهارته؟

على وجهين:

أحدهما: يحكم بنجاسته، وهو المرجح عند صاحبي «المغني» و «المحرر»[1]؛ لأن الأصل عدم بلوغه قلتين.

والثاني: هو طاهر، وهو أظهر؛ لأن الأصل في الماء الطهارة، وأما أن أصله القلة؛ فقد لا يكون كذلك، كما إذا كان كثيراً ثم نقص وشك في قدر الباقي منه، ويعضد هذا أن الأصل وجوب الطهارة بالماء؛ فلا يعدل إلى التيمم إلا بعد تيقن عدمه.

وأيضاً؛ فللأصحاب خلاف في الماء الذي وقعت فيه النجاسة؛ هل الأصل فيه أن ينجس إلا أن يبلغ حد الكثرة فلا ينجس لمشقة حفظ الكثير من النجاسة، أم الأصل فيه الطهارة إلا أن يكون يسيراً فينجس لأن اليسير لا يكاد يحيل النجاسة عليه غالباً؟

فعلى الأول يجب الحكم بنجاسة هذا الماء، وعلى الثاني يحكم بطهارته، وعلى هذين المأخذين يتخرج الخلاف في إثبات نصف القربة الذي روى الشك فيه في ضبط القلتين وإسقاطه، وينبني على ذلك أن القلتين؛ هل هما خمس قرب أو أربع، والله أعلم.

ومنها: ما إذا وقع في الماء اليسير روثة، وشك: هل هي من مأكول أو غيره، أو مات فيه حيوان؟ وشك: هل هو ذو نفس سائلة أم لا؟

وفيه وجهان:

---

(١) «المغني» (١/ ٢٣)، «المحرر» (١/ ٢).

أحدهما: إنه نجس؛ لأن الأصل في الأرواث والميتات النجاسة، وحيث قضي بطهارة شيء منهما؛ فرخصة على خلاف الأصل، ولم يتحقق وجود المرخص ها هنا؛ فبقينا على الأصل.

والثاني: أنه طاهر، وهو المرجح عند الأكثرين؛ لأن الأصل في الماء الطهارة؛ فلا يزال عنها بالشك، وقد منع بعضهم أن الأصل في الأرواث النجاسة، ونص أحمد في «رواية محمد بن أبي حرب» في رجل وطئ على روث لا يدري لحمار أو برذون؛ فرخص فيه إذا لم يعرفه.

ومنها: إذا قعد الذباب على نجاسة رطبة، ثم سقط بالقرب على ثوب، وشك في جفاف النجاسة؛ ففيه وجهان:

أحدهما: إنه نجس؛ لأن الأصل بقاء الرطوبة، ونقله أبو بكر عن أحمد.

والثاني: لا ينجس الثوب؛ لأن الأصل طهارة الثوب.

ومنها: إذا أدرك الإمام في الركوع، فكبر وركع معه، وشك: هل رفع إمامه قبل ركوعه أو بعده؟

فالمذهب أنه لا يعتد له بتلك الركعة؛ لأن الأصل عدم الإدراك، وهو منقول عن ابن عمر رضي الله عنهما[1]، وقال صاحب «التلخيص»: يحتمل وجهين: أحدهما أنه يعتد له بها؛ لأن الأصل بقاء الإمام في الركوع.

ومنها: إذا شك: هل ترك واجباً في الصلاة؛ فهل يلزمه السجود؟

على وجهين:

أحدهما: يلزمه؛ لأن الأصل عدم الإتيان به.

والثاني: لا؛ لأن الأصل عدم لزوم السجود.

---

(١) الأثر رواه عبدالرزاق (٣٣٦١)، والبيهقي (٢/ ٩٠) ولفظه: «وإن رفع قبل أن تركع، فقد فاتتك». وقد روي عكسه عن ابن عمر فقد روي عنه عند البيهقي (٢/ ٩٠) بلفظ: «من أدرك الإمام راكعاً، فركع قبل أن يرفع الإمام رأسه؛ فقد أدرك تلك الركعة» وسنده صحيح.

ومنها: إذا كان ماله غائباً، فإن كان منقطعاً خبره؛ لم يجب إخراج زكاته، وإن لم يكن منقطعاً؛ كالمودع ونحوه؛ ففي وجوب إخراج زكاته قبل قبضه وجهان، والمنصوص عن أحمد في «رواية مُهَنَّا» أنه لا يجب، وعلل بأنه لا يدري لعل المال ذهب.

وبنى بعض الأصحاب هذا الخلاف على الخلاف في محل الزكاة، فإن قلنا: العين؛ لم يجب الإخراج حتى يقبضها ويتمكن من الإخراج منها، وإن قلنا: الذمة؛ وجب الإخراج من غيرها، ويتوجه عندي أن يتخرج في وجوب الزكاة في المال المنقطع خبره وجهان بناءً على محل التعلق، فإن قلنا: هو العين؛ وجب لأن الأصل بقاؤها، لكن لا يلزم إخراج الزكاة حتى يقبض؛ كالدين، وإن قلنا: هو الذمة؛ لم يجب لأن الأصل براءة الذمة، وقد شك في اشتغالها، وأما إن قلنا: لا تجب الزكاة في المال الضال والمغصوب؛ فهذا مثله.

ومنها: العبد الآبق المنقطع خبره؛ هل تجب فطرته أم لا؟

المنصوص عن أحمد في «رواية صالح»[1]: إنه لا تجب؛ لأن الأصل براءة الذمة والفطرة في الذمة.

ويتخرج لنا وجه آخر: إنه يجب بناءً على جواز عتقه؛ لأن الأصل بقاؤه.

ومنها: جواز عتقه في الكفارة، والمشهور عدمه، وذكر أبو الخطاب احتمالاً بالإجزاء؛ لأن الأصل بقاؤه.

وذكر ابن أبي موسى في «شرح الخرقي» في المسألة وجهين عن الأصحاب، وصحح عدم الإجزاء؛ لأن الأصل بقاء الكفارة في الذمة، وقد عضده الظاهر الدال على هلاك العبد من انقطاع خبره؛ فرجح هذا الأصل باعتضاده بهذا الظاهر.

وأيضاً؛ فالكفارة ثابتة في الذمة، وقد شك في وقوع العتق عنها؛ فلا يسقط بمجرد ذلك.

ومنها: إذا ظهر بالمبيع عيب، واختلفا؛ هل حدث عند المشتري أو عند البائع؛ ففيه روايتان:

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (١١٦٠).

إحداهما: القول قول البائع؛ لأن الأصل سلامة المبيع ولزوم البيع بالتفرق.

والثانية: القول قول المشتري؛ لأن الأصل عدم القبض المبرئ.

وأطلق أكثر الأصحاب هذا الخلاف، وفرق بعضهم بين أن يكون المبيع عيناً معينة أو في الذمة، فإن كان في الذمة؛ فالقول قول القابض وجهاً واحداً لأن الأصل اشتغال ذمة البائع، ولم تثبت براءتها.

ومنها: من لزمه ضمان قيمة عين، فوصفها بعيب ينقص القيمة، وأنكر المستحق؛ فهل يقبل قوله في دعوى العيب لأنه غارم والأصل براءة ذمته، أو قول خصمه في إنكار العيب لأن الأصل عدمه؟

على وجهين.

ومنها: إذا آجره عبداً وسلمه إليه، ثم ادعى المستأجر أن العبد أبق من يده وأنكر المؤجر؛ ففيه روايتان:

إحداهما: القول قول المؤجر، نقلها حنبل؛ لأن الأصل عدم الإباق، وأن المؤجر ملك الأجرة كلها بالعقد.

والثانية: القول قول المستأجر، نقلها ابن منصور؛ لأن الأصل عدم تسليم المنفعة المعقود عليها، ولو ادعى أن العبد مرض؛ فالقول قول المؤجر، نص عليه في «رواية ابن منصور» مفرقاً بينه وبين الإباق؛ لأن المرض يمكن إقامة البينة عليه، بخلاف الإباق.

ومنها: إذا ضرب للعنين الأجل، واختلفا في الإصابة، والمرأة ثيب؛ فهل القول قول الزوجة لأن الأصل عدم الوطء، أو قول الزوج لأن الأصل عدم ثبوت الفسخ؟

على روايتين.

وعنه رواية ثالثة: إنه يخلى معها، ويؤمر بإخراج مائة، وهذا يرجع إلى ترجيح الظاهر على الأصل.

ومنها: إذا أسلم الزوجان بعد الدخول، فقال الزوج: أسلمت في عدتك؛ فالنكاح باقٍ، فقالت: بل أسلمت بعد انقضاء عدتي؛ فوجهان:

أحدهما: إن القول قوله؛ لأن الأصل بقاء النكاح.

والثاني: إن القول قولها؛ لأن الأصل عدم إسلامه في العدة.

ومنها: إذا قال: أسلمت قبلك؛ فلا نفقة لك، وقالت: بل أسلمت قبلك؛ فلي النفقة؛ ففيه وجهان أيضاً:

أحدهما: القول قولها؛ لأن الأصل وجوب النفقة.

والثاني: القول قوله؛ لأن النفقة إنما تجب بالتمكين من الاستمتاع، والأصل عدم وجوده، كذا ذكر صاحب «الكافي»[1]، وعلل القاضي بأن النفقة تجب يوماً فيوماً؛ فالأصل عدم وجوبها، وينتقض التعليلان بالاختلاف في النشوز.

ومنها: إذا علق الطلاق على عدم شيء، وشك في وجوده؛ فهل يقع الطلاق؟

على وجهين:

أصحهما: إنه لا يقع، وهو المذهب عند صاحب «المحرر»[2]؛ لأن الأصل بقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق.

والثاني: يقع، ونقل مهنا عن أحمد ما يدل عليه فيمن حلف ليأكلن تمرة، فاختلطت في تمر كثير: إن لم يأكله كله؛ حنث، وبذلك جزم ابن أبي موسى والشيرازي والسَّامري، ورجحه ابن عقيل في «فنونه»؛ لأن الأصل وجود شرط الطلاق، وهو العدم المعلق عليه.

وذكر القاضي في «الجامع الكبير» ما يدل على أنه إن وجد ما يدل على انتفائه ظاهراً؛ وقع الطلاق، وإن وُجد ما يدل على وجوده ظاهراً؛ فوجهان لأن الأصل وجود شرط الطلاق، وهو

---

(١) «الكافي» (٣/ ٨٢).

(٢) «المحرر» (٢/ ٦٠).

العدم المعلق عليه، وهذا الخلاف إنما هو فيما إذا استمر الشك ولم يوجد ما يدل على بقاء العدم ولا على انتفائه؛ فإن وجد ما يدل على بقائه يقيناً؛ وقع الطلاق بغير خلاف، وإن وجد ما يدل على بقائه ظاهراً، وكان حجة شرعية يجب قبولها؛ فكذلك، وإن كان أمارة محضة وقع أيضاً على المشهور، وإن وجد ما يدل على انتفاء العدم يقيناً؛ لم يقع الطلاق، بغير خلاف، وإن وجد ما يدل على انتفائه ظاهراً؛ فوجهان على قولنا بوقوع الطلاق مع استمرار الشك المساوي.

ومنها: لو قتل من لا يعرف، ثم ادعى رقه أو كفره، وأنكر الولي ذلك؛ فهل يقبل قوله لأن الأصل عصمة دمه، أو قول الولي لأن الأصل في القتل إيجاب القصاص؛ إلا أن يمنع مانع، ولم يتحقق وجود المانع؛ على وجهين، أشهرهما الثاني، وحكى الأول عن أبي بكر، وكذا الخلاف فيما إذا جنى على عضو، ثم ادعى شلله، وأنكر المجني عليه؛ لكن المحكي عن أبي بكر ها هنا أن القول قول المنكر، وكذلك الوجهان إذا قدَّ ملفوفاً نصفين، ثم ادعى أنه كان ميتاً؛ وأنكر الولي؛ لأن الأصل عصمة الدم، والأصل حياة المقدود.

وكذا الوجهان لو جنى على بطن حامل، فألقت ولداً لوقت يعيش المولود في مثله، واختلفا في حياته عند الوضع لتعارض أصل الحياة وبراءة الذمة، وكذا الوجهان لو زاد في القصاص من الجراح، وقال: إنما حصلت الزيادة باضطراب المقتص منه، وأنكر ذلك؛ لأن الأصل عدم الاضطراب ووجوب الضمان، والأصل براءة ذمته وما يدعيه محتمل.

ومنها: لو شهدت بينة بالنكاح، وقد ثبت الطلاق؛ فهل يجب به جميع المهر أم نصفه فقط؟

على وجهين:

أحدهما: يجب المهر كله؛ لأنه وجب بالعقد ولم يثبت له مسقط ولا لبعضه، وهو مقتضى قول أبي الخطاب وصاحب «المحرر»[1].

والثاني: يجب نصف المهر فقط؛ لأن النصف الآخر لا يستقر إلا بالدخول، ولم يتحقق، والأصل عدمه، وهو قول القاضي، وقال صاحب «المغني»: إن أنكر الزوج الدخول؛ فالقول

---

(١) «المحرر» (٢/ ٣٥).

قوله في تنصف المهر، وإلا؛ فالقول قولها في وجوبه كله.

ومنها: إذا رمى صيداً فجرحه، ثم غاب عنه ووجده ميتاً ولا أثر به غير سهمه، أو جرحه جرحاً موحيًا، ثم سقط في ماء ونحوه؛ فهل يباح؟

على روايتين؛ لأن الأصل عدم مشاركة سبب آخر في قتله، والأصل تحريم الحيوان حتى يتيقن سبب إباحته، لكن الأصل الأول يعتضد بأن الظاهر موته بهذا السبب دون غيره.

ومنها: إذا جاء بعض العسكر بمشرك، فادعى المشرك أن المسلم أمنه وأنكر؛ ففيه روايتان:

إحداهما: القول قول المسلم في إنكار الأمان؛ لأن الأصل عدم الأمان.

والثانية: القول قول المشرك؛ لأن الأصل في الدماء الحظر إلا بيقين الإباحة، وقد وقع الشك هنا فيها.

وفيه رواية ثالثة: إن القول قول من يدل الحال على صدقه منهما؛ ترجيحاً لأحد الأصلين بالظاهر الموافق له.

وقريب من هذه المسألة: إذا دخل حربي دار الإسلام، وادعى أن بعض المسلمين عقد له أماناً؛ فهل يقبل قوله؟

على وجهين ذكرهما صاحب «المغني»[1]، ونص أحمد: إنه إذا ادعى أنه جاءَ مستأمناً، فإن كان معه سلاح؛ لم يقبل منه، وإلا؛ قبل، فيخرج ها هنا مثله.

---

(١) «المغني» (٩/ ٢٨١).

القاعدة التاسعة والخمسون بعد المئة

إذا تعارض الأصل والظاهر، فإن كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعاً؛ كالشهادة والرواية والإخبار؛ فهو مقدم على الأصل بغير خلاف، وإن لم يكن كذلك، بل كان مستنده العرف أو العادة الغالبة أو القرائن أو غلبة الظن ونحو ذلك؛ فتارة يعمل بالأصل ولا يلتفت إلى هذا الظاهر، وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت إلى الأصل، وتارة يخرج في المسألة خلاف.

فهذه أربعة أقسام:

القسم الأول: ما ترك فيه العمل بالأصل للحجة الشرعية، وهي قول من يجب العمل بقوله، وله صور كثيرة جداً:

منها: شهادة عدلين بشغل ذمة المدعى عليه.

ومنها: شهادة عدلين ببراءة ذمة من علم اشتغال ذمته بدين ونحوه.

ومنها: إخبار الثقة العدل بأن كلباً ولغ في هذا الإناء.

ومنها: إخباره بدخول وقت الصلاة.

ومنها: شهادة الواحد العدل برؤية هلال رمضان؛ فإنه مقبول على ظاهر المذهب.

وفيه رواية أخرى: إنه لا بد من شهادة عدلين كسائر الشهود.

وفرق أبو بكر بين أنيراه في المصر؛ فلا يقبل، وبين أن يراه خارجاً من المصر ثم يقدم إلى المصر؛ فيقبل خبره.

ومنها: إخبار الثقة بطلوع الفجر في رمضان؛ فإنه يحرم الطعام والشراب والجماع.

ومنها: إخباره بغروب الشمس في رمضان؛ فإنه يبيح الفطر، صرح به الأصحاب، ولم يجعلوه كالشهادة على هلال شوال، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: إن وقت الفطر ملازم لوقت صلاة المغرب، فإذا ثبت دخول وقت الصلاة بإخبار

الثقة؛ ثبت دخول وقت الإفطار تبعاً له، وقد يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً، بخلاف الشهادة بهلال شوال.

والثاني: إن إخبار الثقة هنا تقارنه أمارات تشهد بصدقه؛ لأن وقت الغروب متميز بنفسه وعليه أمارات تورث غلبة الظن، فإذا انضم إليها إخبار الثقة؛ قوي الظن وربما أفاد العلم، بخلاف هلال الفطر؛ فإنه لا أمارة عليه.

وفي «صحيح ابن حبان» من حديث سهل بن سعد؛ قال: كان النبي ﷺ إذا كان صائماً؛ أمر رجلاً فأوْفَى على شيء، فإذا قال: قد غابت الشمس؛ أفطر[1]. وصح عن ابن عباس ﷺ: أنه كان يضع طعامه عند الفطر في رمضان ويبعث مرتقباً يرقب الشمس، فإذا قال: قد وجبت؛ قال: كلوا[2].

ومن ذلك: قبول قول الأمناء ونحوهم ممن يقبل قوله في تلف ما اؤتمن عليه من مال أو غيره.

ومنه أيضاً: قبول قول المعتدة في انقضاء عدتها بالإقراء ولو في شهر في أحد الوجهين، والمنصوص أنه لا يقبل إلا بالبينة في الشهر، وفرق صاحب «الترغيب» بين من لها عادة منتظمة؛ فلا يقبل مخالفتها إلا ببينة، بخلاف من لا عادة لها، وفي «الفنون» لابن عقيل: لا يقبل مع فساد النساء إلا ببينة تشهد أن هذه عادتها أو أنها رات الحيض على هذا المقدار، وتكرر ثلاثاً.

القسم الثاني: ما عمل فيه بالأصل ولم يلتفت إلى القرائن الظاهرة ونحوها، وله صور كثيرة:

منها: إذا ادعت الزوجة بعد طول مقامها مع الزوج أنه لم يوصلها النفقة الواجبة ولا الكسوة؛ فقال الأصحاب: القول قولها مع يمينها؛ لأن الأصل معها مع أن العادة تبعد ذلك

---

(١) الحديث أخرجه ابن حبان (٣٥١٠)، وابن خزيمة (٢٠٦١)، والحاكم (١/ ٤٣٤) وسنده صحيح ولفظه: «لا تزال أمتي على سنتي ما لم تنتظر بفطرها النجوم، وكان النبي إذا كان صائماً.. الخ» وهذا سند صحيح وقال ابن خزيمة إدراج قوله: وكان النبي..

(٢) الأثر أخرجه عبدالرزاق في المصنف (٧٥٩٧)، والفريابي في الصيام (٥٤،٥٣) وسنده صحيح.

جداً، واختار الشيخ تقي الدين[1] الرجوع إلى العادة هنا.

وخرجه وجهاً من المسائل المختلف فيها كما سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى؛ قال: وإذا وجد معها نظير الصداق أو الكسوة، ولم يعلم لها سبب تملك ذلك به من غير الزوج؛ فينبغي أن يخرج على وجهين، كما إذا أصدقها تعليم سورة، ثم وجدت متعلمة لها بعد مدة، وقالت: لم يعلمني الزوج، وادعى هو أنه علمها؛ فإن في المسألة وجهين.

ومنها: إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء أو ثوب أو أرض أو بدن، وشك في زوالها؛ فإنه يبني على الأصل إلى أن يتيقن زواله، ولا يكتفي في ذلك بغلبة ظن ولا غيره، وكذلك لو تيقن حدثاً أو نجاسة وغلب على ظنه زوالهما؛ فإنه يبني على الأصل، وكذلك في النكاح والطلاق وغيرهما:

ومنها: إذا شك في طلوع الفجر في رمضان؛ فإنه يباح له الأكل حتى يستيقن طلوعه، نص عليه أحمد، ولا عبرة في ذلك بغلبة الظن بالقرائن ونحوها ما لم يكن مستنداً إلى إخبار ثقة بالطلوع.

ومنها: إذا زنى من له زوجة وولد، فأنكر أن يكون وطئ زوجته؛ قال أصحابنا: لا يرجم؛ لأن الأصل عدم الوطء، ولحوق النسب يثبت بمجرد الإمكان ووجود الفراش.

القسم الثالث: ما عمل فيه بالظاهر ولم يلتفت إلى الأصل، وله صور:

منها: إذا شك بعد الفراغ من الصلاة أو غيرها من العبادات في ترك ركن منها؛ فإنه لا يلتفت إلى الشك، وإن كان الأصل عدم الإتيان به وعدم براءة الذمة؛ لكن الظاهر من أفعال المكلفين للعبادات أن تقع على وجه الكمال؛ فرجح هذا الظاهر على الأصل، ولا فرق في ذلك بين الوضوء وغيره على المنصوص عن أحمد، وفي الوضوء وجه: إن الشك في ترك بعضه بعد الفراغ كالشك في ذلك قبل الفراغ؛ لأن حكمه باقٍ بعد الفراغ منه، بخلاف الصلاة وغيرها.

---

(١) «مجموع الفتاوى» (٣٤/ ٨٣،٨٧).

ومنها: لو صلى ثم رأى عليه نجاسة، وشك: هل لحقته قبل الصلاة أو بعدها، وأمكن الأمران؛ فالصلاة صحيحة، وإن كان الأصل عدم انعقاد الصلاة وبقاؤها في الذمة حتى يتيقن صحتها، لكن حكم بالصحة؛ لأن الظاهر صحة أعمال المكلف وجريانها على الكمال، وعضد ذلك أن الأصل عدم مقارنة الصلاة للنجاسة؛ فترجع المسألة حينئذ إلى تعارض أصلين، رجح أحدهما بظاهر يعضده.

ومنها: إذا اختلف المتبايعان بعد العقد في بعض شرائط صحة العقد؛ كما إذا ادعى البائع أنه كان صبيّاً أو غير مأذون له أو غير ذلك وأنكر المشتري؛ فالقول قول المشتري على المذهب، ونص عليه أحمد في صورة دعوى الصغر في «رواية ابن منصور»[1]؛ لأن الظاهر وقوع العقد على وجه الصحة دون الفساد؛ وإن كان الأصل عدم البلوغ والإذن.

وذكر الأصحاب وجهاً آخر في دعوى الصغر: إنه يقبل؛ لأنه لم يثبت تكليفه، والأصل عدمه، بخلاف دعوى عدم الإذن من المكلف؛ فإن المكلف لا يتعاطى في الظاهر إلا الصحيح.

قال الشيخ تقي الدين[2]: وهكذا يجيء في الإقرار وسائر التصرفات إذا اختلفا؛ هل وقعت بعد البلوغ أو قبله؟ لأن الأصل في العقود الصحة، فإما أن يقال: إن هذا عام، وإما أن يفرق بين أن يتيقن أنه وقت التصرف كان مشكوكاً فيه غير محكوم ببلوغه، أو لا يتيقن، فإنا مع تيقن الشك قد تيقنا صدور التصرف ممن لم تثبت أهليته، والأصل عدمها؛ فقد شككنا في شرط الصحة، وذلك مانع من الصحة، وأما في الحالة الأخرى؛ فإنه يجوز صدوره في حال الأهلية وحال عدمها، والظاهر صدوره وقت الأهلية، والأصل عدمه قبل وقتها؛ فالأهلية هنا متيقن وجودها، ثم ذكر أن من لم يقر بالبلوغ حتى تعلق به حق مثل إسلامه بإسلام أبيه، أو ثبوت الذمة له تبعاً لأبيه أو بعد تصرف الولي له، أو تزويج ولي أبعد منه لموليته؛ فهل يقبل منه دعوى البلوغ حينئذ، أم لا لثبوت هذه الأحكام المتعلقة به في الظاهر قبل دعواه؟

وأشار إلى تخريج المسألة على الوجهين فيما إذا ارتجع الرجعية زوجها، فقالت: قد انقضت

(١) مسائل أحمد لابنه منصور (٣٦٨-٣٦٩).

(٢) «مجموع الفتاوى» (٢٩/ ١٤،٧).

عدتي وشبهها أيضاً بما ادعى المجهول المحكوم بإسلامه ظاهراً؛ كاللقيط الكافر بعد البلوغ؛ فإنه لا يسمع منه على الصحيح، وكذا لو تصرف المحكوم بحريته ظاهراً كاللقيط، ثم ادعى الرق؛ ففي قبول قوله خلاف معروف.

ومنها: إذا غلب على ظنه دخول وقت الصلاة؛ فإنه تصح صلاته، ولا يشترط أن يتيقن دخوله في ظاهر المذهب.

وحكى عن ابن حامد أنه يعتبر التيقن.

ومنها: الفطر في الصيام يجوز بغلبة ظن غروب الشمس في ظاهر المذهب، ومن الأصحاب من قال: لا يجوز الفطر إلا مع تيقن الغروب، وبه جزم صاحب «التلخيص»، والأول أصح؛ لأن الوقت عليه أمارات يعرف بها؛ فاكتفي فيه بالظن الغالب، بخلاف ما لا أمارة عليه من إتمام الصلاة والطهارة والحدث ونحوها.

وأيضاً؛ فالصلاة والطهارة ونحوهما كل منهما عبادة فعلية مطلوبة الوجود، فإذا شك في فعل شيء منها؛ فالأصل عدمه؛ فلا يخرج من عهدته إلا بيقين، والصوم عبادة هي ترك وكف عن محظورات خاصة، فمتى لم يتيقن وقوع محظوراتها في وقتها؛ لم يحكم ببطلانها، وإنما منع من الخروج منها بمجرد الشك المساوي؛ لأن الأصل بقاء الصوم، ولم يترجح ظن يعارضه، فإذا ترجح الظن؛ علم به ولم يحكم ببطلانه بوقوع محظوراته حينئذ، لا سيما وفعل محظوراته مع ترجح ظن انقضائه مطلوب شرعاً على الأظهر، ولهذا جاز الأكل أو استحب مع ظن طلوع الفجر حتى يتحقق طلوعه كما سبق، والفرق بينه وبين وقت الصلاة من وجهين:

أحدهما: إن الصلاة يجوز فعلها مع غلبة ظن دخول وقتها ولا يجب وكذلك الصيام يجوز الإمساك بنية الصوم مع غلبة ظن طلوع الفجر، ولا يجب فيهما سواء.

والثاني: إن الصلاة عبادة فعلية لا تستغرق مجموع وقتها، بل تفعل في جزء منه، فإذا فعلت في زمن يغلب على الظن أنه من وقتها؛ كفى، والصوم عبادة تستغرق زمنها، وهي من باب الكف والترك لا من باب الإعمال؛ فيكفي اشتراط الكف عن محظوراتها في زمانها المحقق دون المشكوك فيه، ولا يبطل بفعل شيء من محظوراتها في زمن لا يتحقق أنه وقت للصيام؛ إلا أن

يكون الأصل بقاء وقت الصيام ولم يغلب على الظن خروجه؛ فلا يباح حينئذ الإقدام على الإفطار، ولا تبرأ الذمة بمجرد ذلك، وهذا كما قلنا فيمن صلى ثم رأى عليه نجاسة: يمكن أنها لحقته بعد الصلاة سواء.

ومنها: إن المستحاضة المعتادة ترجع إلى عادتها، وإن لم تكن لها عادة؛ فإلى تمييزها، وإن لم يكن لها عادة ولا تمييز؛ رجعت إلى غالب عادات النساء، وهي ست أو سبع على الصحيح؛ لأن الظاهر مساواتها لهن؛ وإن كان الأصل عدم فراغ حيضها حينئذ.

ومنها: امرأة المفقود تتزوج بعد انتظار أربع سنين[1]، ويقسم ماله حينئذ؛ لأن الظاهر موته؛ وإن كان الأصل بقاؤه، لكن هل يثبت له أحكام المعدوم من حين فقده، أو لا يثبت إلا من حين إباحة أزواجه وقسمة ماله؟

على وجهين ينبني عليهما: لو مات له في مدة انتظاره من يرثه؛ فهل يحكم بتوريثه منه أم لا؟

ونص أحمد على أنه يزكي ماله بعد مدة انتظاره، معللاً بأنه مات وعليه زكاة، وهذا يدل على أنه لا يحكم له بأحكام الموتى إلا بعد المدة، وهو الأظهر.

ويلتحق بهذا أن امرأة المفقود بعد مدة انتظاره تعتد للوفاة، ثم تباح للأزواج؛ فهل تجب لها النفقة من ماله في مدة العدة كما في مدة الانتظار أم لا؟

على وجهين:

أحدهما: لا تجب، وهو الذي ذكره ابن الزاغوني في «الإقناع»، وقال أبو البركات في «الشرح»: هو قياس المذهب عندي؛ لأنه حكم بوفاته بعد مدة الانتظار؛ فصارت معتدة للوفاة.

والثاني: يجب لها النفقة، قاله القاضي، وهو نص أحمد؛ لأن النفقة لا تسقط إلا بتيقن الموت، ولم يوجد ها هنا، وكذا ذكر صاحب «المغني»، وزاد: إن نفقتها لا تسقط بعد العدة

---

(١) لابن رجب رسالة في هذا الموضوع اسمها: «القول الصواب في تزويج أمهات أولاد الغياب» طبعت بتحقيق: عبدالله الطريفي.

أيضاً؛ لأنها باقية على نكاحه ما لم تتزوج أو يفرق الحاكم بينهما.

ومنها: إن النوم المستثقل ينقض الوضوء؛ لأنه مظنة خروج الحدث؛ وإن كان الأصل عدم خروجه وبقاء الطهارة.

وحكى ابن أبي موسى في «شرح الخرقي» وجهاً آخر: إن النوم نفسه حدث، لكن يعفى عن يسيره؛ كالدم ونحوه.

ومنها: إذا زنا من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين، وادعى الجهل بتحريم الزنا؛ لم يقبل قوله لأن الظاهر يكذبه؛ وإن كان الأصل عدم علمه بذلك، (ومثله): إذا ادعت المعتقة تحت عبد الجهل بالعتق أو بثبوت الخيار، ومثلها لا يجهل ذلك؛ فإنه لا يقبل قولها.

ومنها: إذا زوج الولي امرأة يعتبر إذنها لصحة العقد، ثم أنكرت الإذن؛ فإن كان بعد الدخول؛ لم يقبل قولها لأن تمكينها يكذبها، وإن كان قبله؛ فإن كان إذنها السكوت، أو أقرت بأنها سكتت، ولكن ادعت أن سكوتها كان حياءً لا رضاً؛ لم يقبل قولها، نص عليه أحمد في «رواية الأثرم»؛ لأن السكوت في حكم الشارع إقرار به ورضا؛ فلا يسمع دعوى خلافه، وإن ادعت أنها ردت أو كان إذنها النطق فأنكرته؛ فقال القاضي: القول قولها؛ لأن الأصل معها، ولم يوجد ظاهر يخالفه.

ومنها: لو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها في يوم معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان، ثم ادعت عليه أنه تزوجها في يوم آخر معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان، ثم اختلفا، فقالت المرأة: هما نكاحان؛ فلي المهران، وقال الزوج: بل نكاح واحد تكرر عقده؛ فالقول قول الزوجة لأن الظاهر معها، وكذا لو شهدت بينة أنه باعه هذا الثوب في يوم كذا بثمن، وشهدت بينة أخرى أنه باعه منه في يوم آخر بثمن، فقال المشتري: هو عقد واحد كررناه، وقال البائع: بل هو عقدان؛ فالقول قول البائع؛ لأن الظاهر معه، ذكره أبو بكر والقاضي والأصحاب، وقال الشيخ تقي الدين[1]: ينبغي أن يكون القول قول الزوج؛ لأن الأصل عدم الفرقة بينهما،

(١) «الاختيارات» (٢٣١).

والأصل براءته من المهر الثاني.

القسم الرابع: ما خرج فيه خلاف في ترجيح الظاهر على الأصل وبالعكس، ويكون ذلك غالباً عند تقاوم الظاهر والأصل وتساويهما، وله صور كثيرة:

منها: إذا سخن الماء بنجاسة، وغلب على الظن وصول الدخان إليه؛ ففي كراهته وجهان، أشهرهما أن يكره.

ومنها: لو أدخل الكلب رأسه في إناء فيه ماء، وشك؛ هل ولغ فيه أم لا، وكان فمه رطباً؛ فهل يحكم بنجاسة الماء لأن الظاهر ولوغه، أم بطهارتها لأنها الأصل؟

على وجهين ذكرهما الأزجي.

ومنها: إذا وقع في ماء يسير ما لا نفس له سائلة، وشك هل هو متولد من النجاسات أم لا، وكان هناك بئر وحش، فإن كان إلى البئر أقرب أو هو بينهما بالسوية؛ فهو طاهر، وإن كان إلى الحش أقرب؛ فوجهان:

أحدهما: إنه نجس.

والآخر: إنه طاهر ما لم يعاين خروجه من الحش، نقل ذلك صاحب «المهم»[1] عن شيخه ابن تميم.

ومنها: طين الشوارع، وفيه روايتان:

إحداهما: إنه طاهر، ونص عليه أحمد في مواضع، وجعله أبو البركات في «شرحه» المذهب ترجيحاً للأصل، وهو الطهارة في الأعيان كلها.

والثانية: إنه نجس ترجيحاً للظاهر، وجعله صاحب «التلخيص» المذهب؛ حتى حكى عن ظاهر كلام الأصحاب: إنه لا يعفى عن يسيره. وأبدى احتمالاً بالعفو عنه لمشقة الاحتراز، وحكى عن ابن عقيل العفو عن يسيره، إلا ما تحقق نجاسته من الأرض؛ فلا يعفى عنه.

---

(١) هذا الكتاب من المفقودات وهو لعبدالله بن أبي بكر الحربي كتيلة (ت٦٨١هـ).

وذكر صاحب «المهم» عن ابن تميم أنه قال: إذا كان الشتاء، ولم يتعين موضع النجاسة؛ ففي نجاسة الأرض روايتان، فإذا جاء الصيف؛ حكم بطهارتها رواية واحدة.

وللمسألة أصول تنبني عليها:

أحدها: ما ذكرنا من تعارض الأصل والظاهر.

والثاني: طهارة الأرض وغسالتها بماء المطر وغيره إذا لم يبق للنجاسة أثر، سواء كانت النجاسة التي على الأرض أثراً او عيناً على الصحيح من المذهب.

والثالث: طهارة النجاسة بالاستحالة، وفي المذهب فيه خلاف ينبني عليه طهارة الطين إذا بقيت فيه عين النجاسة ثم استهلكت فيه حتى ذهب أثرها.

والرابع: طهارة الأرض بالجفاف والشمس والريح، وقد توقف فيه أحمد، وذهب كثير من الأصحاب إلى عدم طهارتها بذلك، وخالفهم صاحب «المحرر» في «شرح الهداية»، وينبني على ذلك طهارة الأرض مع مشاهدة النجاسات فيها؛ وإن لم يصبها الماء، والله أعلم.

ومنها: المقبرة المشكوك في نبشها إذا تقادم عهدها؛ هل يحكم بنجاستها لأن الظاهر نبشها، أو بطهارتها لأن الأصل عدمه؟

على وجهين.

ومنها: ثياب الكفار وأوانيهم، وفيها روايات عن أحمد:

أحدها: الإباحة ترجيحاً للأصل، وهو الطهارة.

والثانية: الكراهة لخشية إصابة النجاسة لها؛ إذ هو الظاهر.

والثالثة: إن قوي الظاهر جدّاً؛ لم يجز استعمالها بدون غسل، ويتفرع على هذه الرواية روايتان:

إحداهما: إنه يمنع من استعمال ما ولي عوراتهم من الثياب قبل غسله دون ما علا منها.

والثانية: يمنع من استعمال الأواني والثياب مطلقاً ممن يحكم بأن ذبيحته ميتة؛ كالمشركين

والمجوس دون غيرهم، وقال الخرقي في «شرحه» وابن أبي موسى: لا يجوز استعمال قدور النصارى؛ لاستحلالهم الخنزير. وزاد الخرقي: ولا أواني طبيخهم دون أوعية الماء ونحوها مما يبعد إصابته للنجاسة. وزاد ابن أبي موسى: المنع من استعمال ثياب من لا تحل ذبيحته؛ كالمجوس مطلقاً، وما سفل من ثياب أهل الكتاب ولصق بأبدانهم حتى تغسل.

ومنها: ثياب الصبيان ومن لا يتحرز من النجاسة، وفيه ثلاثة أوجه: الكراهة، وعدمها، والمنع حتى تغسل، وهو اختيار ابن أبي موسى.

ومنها: إذا شك المصلي في عدد الركعات، وفيه ثلاث روايات عن أحمد رحمه الله ورضي عنه:

أحدها: إنه يبني على الأقل، وهو المتيقن؛ لأن الأصل عدم الزيادة المشكوك فيها.

والثانية: يبني على غالب ظنه؛ للحديث الوارد في ذلك[1].

والثالثة: إن قوي الظن بإقرار غيره له عليه؛ بنى على غالب ظنه، وهو الإمام إذا أقره المأمومون، وإن كان منفرداً؛ بنى على اليقين، وهي المشهورة في المذهب، فأما إن سبح به اثنان من المأمومين؛ فإنه يرجع إليهما ما لم يتيقن صواب نفسه على الروايات كلها، وقال ابن عقيل: إنما يرجع إليهما إذا قلنا: يبني على غالب ظنه؛ لأن تنبيههما إنما يفيد غلبة الظن.

والأول أصح؛ لأن الرجوع إلى قولهما رجوع إلى بينة شرعية؛ فيترك الأصل لأجلها؛ كسائر البينات الشرعية، بخلاف غلبة الظن المجردة، وإذا جوزنا له العمل بالظن الغالب؛ فإنه يجوز له تركه والعمل باليقين، صرح به القاضي في كتاب «أحكام القرآن» وغيره، ولو شهد اثنان من المأمومين على الإمام أنه أحدث في الصلاة، وأنكر هو وبقية المأمومين؛ أعادوا الصلاة كلهم، نص عليه في «رواية مُهَنَّا»، واحتج بحديث ذي اليدين[2] وغيره.

---

(١) هذا الحديث في البخاري (٦٦٧١)، ومسلم (٥٧٢) ولفظه: (إنه لو حدث في الصلاة شيء أنبأتكم به، ولكن إنما أنا بشر أنسى كما تنسون..).

(٢) حديث ذو اليدين معروف وقد ألف العلائي كتاب كامل في فقهه واسمه «نظم الفرائد» وقد حقق كرسالة علمية في العراق ثم طبع بتحقيق الفاضل بدر البدر. والحديث متفق عليه.

ومنها: إذا شك في عدد الطواف، وفيه روايتان:

إحداهما: يرجع إلى الأصل، وهو المتيقن.

والثانية: يرجع إلى غالب ظنه؛ كالصلاة.

فإن أخبره اثنان بما طاف؛ فهل يرجع إلى قولهما؟

على وجهين، والمنصوص أنه يرجع إليهما، وكذا الوجهان لو أخبر المصلي من ليس معه في الصلاة؛ هل يرجع إليهما أم لا؟

وفي «المغني»[1]: يرجع الطائف إلى خبر الثقة الواحد العدل؛ لأنه خبر ديني؛ فلا يشترط فيه التعدد، وإنما اشترطنا العدد في الصلاة؛ لخبر ذي اليدين؛ فبقي ما عداها على الأصل.

ومنها: لو وجد في دار الإسلام ميت مجهول الدين، فإن لم يكن عليه علامة إسلام ولا كُفْر، أو تعارض فيه علامتا الإسلام والكفر؛ صُلِّي عليه، نص عليه، فإن كان عليه علامة الكفر خاصة؛ فمن الأصحاب من قال: يصلى عليه، والمنصوص عن أحمد أنه يدفن من غير صلاة، وهذا يرجع إلى تعارض الأصل والظاهر؛ إذ الأصل في أهل دار الإسلام الإسلام، والظاهر في هذا الكفر، ولو كان الميت في دار الكفر، فإن كان عليه علامات الإسلام، صُلِّي عليه، وإلا؛ فلا، نص عليه في «رواية علي بن سعيد»، وهذا ترجيح للظاهر على الأصل ها هنا؛ كما رجحه في الصورة الأولى، ولم يرجح الأصحاب هنا الأصل كما رجحوه ثَمَّ؛ لأن هذا الأصل قد عارضه أصل آخر، وهو أن الأصل في كل مولود أنه يولد على الفطرة.

ومنها: إذا اختلف الزوجان في قدر المهر ولا بينة؛ ففيه روايتان:

إحداهما: القول قول الزوج؛ لأنه منكر وغارم، والأصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما يقر به.

والثانية: القول قول مدعي مهر المثل؛ لأن الظاهر معه.

---

(١) «المغني» (٣/ ١٨٧).

ومنها: إذا أسلم الزوجان قبل الدخول، وقال الزوج: أسلمنا معاً؛ فنحن على نكاحنا، وقالت الزوجة: بل على التعاقب؛ فلا نكاح؛ فوجهان:

أحدهما: القول قول الزوج؛ لأن الأصل معه.

والثاني: القول قول الزوجة؛ لأن الظاهر معها؛ إذ وقوع إسلامها معاً في آن واحد نادر، والظاهر خلافه.

ومنها: إذا خلا بامرأته وصدقته أنه لم يطأها، وقلنا: لا يتقرر بذلك المهر على رواية سبقت، وكان له منها ولد؛ فهل يتقرر المهر بذلك لأن الغالب أن الولد إنما ينعقد عن الإصابة، أو لا لأن الأصل عدم إصابتها ويحتمل أنه سبق الماء إلى فرجها فانعقد الولد؟

على وجهين ذكرهما القاضي في «المجرد»، وفيه نظر؛ فإن سبق الماء إلى الفرج إنما يكون بعد ما تقرر المهر من وطء دون الفرج كما سبق تقريره، والأظهر في تعليل عدم تقرر المهر أن يقال: الولد يثبت نسبه بمجرد الإمكان، بخلاف استقرار المهر.

ومنها: لو زوج رجل وليته، ثم ظهرت معيبة، فادعى الولي أنه لم يعلم عيبها؛ ففيه وجهان:

أحدهما: القول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل معه؛ إلا أن يكون العيب جنوناً، ويكون الولي ذا اطلاع عليها؛ فلا يقبل قوله، وهو اختيار صاحب «المغني»[1].

والثاني: إن كان الولي قريباً؛ كالأب والجد والابن، لم يقبل قوله مطلقاً لأن الظاهر يكذبه، وإن كان بعيداً؛ قبل قوله مع يمينه، وهو قول القاضي، ووافقه ابن عقيل؛ إلا أنه فصل بين عيوب الفرج وغيرها؛ فسوى بين الأولياء كلهم في عيوب الفرج، بخلاف غيرها.

ومنها: إذا اختلط مال حرام بحلال، وكان الحرام أغلب؛ فهل يجوز التناول منه أم لا؟

على وجهين؛ لأن الأصل في الأعيان الإباحة، والغالب ها هنا الحرام، قال أحمد في «رواية حرب»: إذا كان أكثر ماله النهب أو الربا ونحو ذلك؛ فكأنه ينبغي له أن يتنزه عنه؛ إلا أن يكون

(١) «المغني» (٧/ ١٤٤).

شيئاً يسيراً أو شيئاً لا يعرف، وقريب من هذا إذا اشتبه الماء الطاهر بالنجس وكان الطاهر أكثر؛ فإن في جواز التحري روايتين، وظاهر كلام أحمد في «رواية المروذي» جوازه، واختاره أبو بكر وابن شاقلا وأبو علي النجاد، وصححه ابن عقيل، لكن هنا اعتضد أصل الطهارة بأن الظاهر إصابة الطاهر؛ لكثرته.

ومنها: إذا قذف مجهول النسب، وادعى رقه، وأنكر المقذوف؛ فهل يحد؟

على روايتين؛ لأن الأصل عدم لزوم الحد، والأغلب على الناس الحرية، أو يقال: الأصل فيهم الحرية؛ فيكون إذاً من باب تعارض الأصلين.

ومنها: إذا قال لمدخول بها: أنت طالق، أنت طالق، ولم يقصد بالثانية تأكيداً ولا إيقاعاً، بل أطلق النية؛ فقال الأصحاب: تطلق اثنتين؛ لأنه موضوع للإيقاع؛ كاللفظ الأول، ولهذا يقال: إذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد؛ فالتأسيس أولى، وهذا يرجع إلى الحمل على الظاهر، مع أن الأصل بقاء الزوجية وعدم وقوع الثانية والثالثة إذا كرره ثلاثاً؛ فيتوجه أن يخرج رواية أخرى بوقوع واحدة مع الإطلاق لأنه المتيقن.

ويشهد له ما نقله صالح عن أبيه: أنه قال: إذا قال: أنت طالق، أنت طالق، وقد دخل بها؛ فهو على ما أراد إن كان أراد إفهامها؛ فهو الذي أراد، وإن أراد غير ذلك؛ فهو على ما أراد؛ فلم يوقع الثانية بدون النية.

وقد حكى أبو بكر عبد العزيز فيما إذا قال: أنت طالق، بل أنت طالق، وأطلق النية: إنه لا يلزمه أكثر من واحدة، فإنه نوى بالثانية طلقة أخرى؛ فهل تلزمه أم لا؟

على قولين؛ لأنه إعادة اللفظ الأول بعينه؛ فلا يحتمل التكرار، كذلك حكاه القاضي عنه في «كتاب الروايتين»[1]، ويلزم من ذلك أنه إذا قال: أنت طالق، وكرره وأطلق النية: أنه لا يلزمه أكثر من واحدة.

وها هنا مسألة حسنة، نص عليها أحمد في «رواية ابن منصور»: إذا قال لامرأته: أنت طالق،

---

(١) «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (٢/ ١٦٣-١٦٤).

بل أنت طالق؛ قال: هي تطليقتان، هذا كلام مستقيم، وإن قال: أنت طالق، لا بل أنت طالق؛ هي واحدة، والفرق بينهما أن (بل) من حروف العطف إذا كان بعدها مفرد، وهي هنا كذلك؛ لأن اسم الفاعل من المفردات، وإن كان متحملاً لضمير بدليل أنه يعرب والجمل لا تعرب، ولأنه لا يقع صلة، ولو كان جملة؛ لوقع صلة، وحينئذ؛ فيكون ما بعده معطوفاً على ما قبله، وقد أوقع قبله واحدة ثم عطف عليها أخرى؛ فتقع اثنتان؛ كما لو أتى بواو العطف.

وهذا معنى قول أحمد: «هذا كلام مستقيم»، يعني أنه نسق معطوف بعضه على بعض؛ كسائر المعطوفات بالواو وثم ونحوهما، وأما قول النحويين: إن ما قبله يصير مسكوتاً عنه غير مثبت ولا منفي؛ فهذا فيما يقبل النفي بعد إثباته، والطلاق ليس كذلك؛ فتعين إثبات الأول وعطف الثانية عليه، وأما إذا قال: أنت طالق، لا بل أنت طالق؛ فقد صرح بنفي الأول، ثم أثبته بعد نفيه؛ فيكون المثبت هو المنفي بعينه، وهو الطلقة الأولى؛ فلا يقع به طلقة ثانية، وهو قريب من معنى الاستدراك، كأنه نسي أن الطلاق الموقع لا ينفي؛ فاستدرك وأثبته لئلا يتوهم السامع أن الطلاق قد ارتفع بنفيه؛ فهذا إعادة الأول لا استئناف طلاق.

ومنها: إذا قال: الطلاق يلزمني، أو أنت الطلاق؛ فهل يلزمه واحدة أو الثلاث؟

على روايتين؛ لأن الألف واللام قد يراد بها العهد؛ أي: الطلاق المعهود المسنون، وهو الواحد، ويراد به مطلق الجنس، ويراد بها استغراق الجنس، لكنها في الاستغراق والعموم أظهر، والمتيقن من ذلك الواحدة، والأصل بقاء النكاح.

وعلى رواية وقوع الثلاث، فلو نوى به ما دونها؛ فهل يقع به ما نواه خاصة، أو يقع به الثلاث ويكون ذلك صريحاً في الثلاث؟

فيه طريقان للأصحاب، ولو قال: الطلاق يلزمني، وله أكثر من زوجة؛ فإن كان هناك نية أو سبب يقتضي التعميم أو التخصيص؛ عمل به، ومع فقد النية والسبب خرجها بعض الأصحاب على الروايتين في وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة؛ لأن الاستغراق في الطلاق يكون تارة في نفسه وتارة في محله، وقد فرق بعضهم بينهما بأن عموم المصدر لأفراده أقوى من عمومه لمفعولاته؛ لأنه يدل على أفراده بذاته عقلاً ولفظاً، وإنما يدل على مفعولاته

بواسطة؛ فلفظ الأكل والشرب مثلاً يعم الأنواع منه، والأعداد أبلغ من عمومه المأكول والمشروب إذا كان عامّاً؛ فلا يلزم من عمومه لأفراده وأنواعه عمومه لمفعولاته، ذكر ذلك كله الشيخ تقي الدين رحمه الله بمعناه[1].

وفي موضع آخر[2] قوى وقوع الطلاق بجميع الزوجات دون وقوع الثلاث بالزوجة الواحدة، وفرق بأن وقوع الثلاث بالواحدة محرم، بخلاف وقوع الطلاق بالزوجات المتعددات، وقد يقال: إن قوله: الطلاق يلزمه؛ وإن كان صيغة عموم؛ لكن إذا لم ينو عمومه؛ كان مخصصاً بالشرع عند من يرى تحريم جمع الثلاث، وهو ظاهر المذهب؛ فتكون المسألة حينئذ من صور التخصيص بالشرع، وقد ذكرنا نظائرها في قاعدة سبقت.

ومنها: إذا قال: زوجتي طالق، أو عبدي حر، وله زوجات وعبيد؛ فالمنصوص أنه يقع الطلاق والعتاق بالجميع؛ إلا أن ينوي عدداً معيناً لأن اسم الجنس المضاف للعموم؛ فهو كالجمع المعروف.

وذكر صاحب «المغني»[3] احتمالاً ورجحه: إنه لا يقع الطلاق والعتاق مع إطلاق النية إلا بواحد؛ لأن اللفظ صالح للواحد والجمع؛ فحمله على الواحد أولى لأنه المتيقن، ولو كان الجمع أظهر فيه ترجيحاً للأصل على الظاهر.

ومنها: إذا قال: له عندي درهم ودرهم ودرهم؛ فهل يلزمه درهمان أو ثلاثة؟

على وجهين ذكرهما أبو بكر في «الشافي»، ونزلهما صاحب «التلخيص» على تعارض الأصل والظاهر؛ فإن الظاهر عطف الثالث على الثاني، ويحتمل إرادة التكرار به لأنه بلفظه؛ فيحمل عليه عند الإطلاق لأنه اليقين، قال: ولو قال: أردت بالثالث تكرار الثاني؛ قبل على الوجهين لاحتماله، وذكر صاحب «المغني»[4] في الطلاق احتمالاً: إنه لا يقبل إرادة التكرار والتأكيد مع حرف العطف؛ لمخالفته للظاهر؛ لأن ظاهر العطف يقتضي المغايرة.

---

(١) «الاختيارات» (٢٥٨).

(٢) «الاختيارات» (٢٥٩).

(٣) «المغني» (٧/ ٣٨٢).

(٤) «المغني» (٧/ ٣٦٩).

القاعدة الستون بعد المئة[(١)]

تستعمل القرعة في تمييز المستحق إذا ثبت الاستحقاق ابتداءً لمبهم غير معين عند تساوي أهل الاستحقاق، ويستعمل أيضاً في تمييز المستحق المعين في نفس الأمر عند اشتباهه والعجز عن الاطلاع عليه، وسواء في ذلك الأموال والأبضاع في ظاهر المذهب.

---

(١) **وقال السعدي:** (تستعمل القرعة عند التزاحم ولا مميز لأحدهما، أو إذا علمنا أن الشيء لأحدهما وجهلناه وقد ثبتت القرعة عند الاشتباه في الكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات:١٤١]، وقال: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ﴾ [آل عمران:٤٤]، وقد أقرع النبي ﷺ عدة مرات) ا.هـ

وقال ابن عثيمين: (منها ﷺ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها. ومنها أن الرسول قال عليه الصلاة والسلام: «لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا») ا.هـ

وقال السعدي: (فإذا جهل المستحق أو تزاحم عدد من يقدم، ولا يمكن اجتماعهم فيه ولا مميز لأحدهما: أقرع بينهم، فمن خرجت له القرعة استحق. فمتى تشاحّ اثنان في إمامة، أو أذان، أو سبق إلى مباح، أو إلى جلوس بمسجد، أو سوق، أو رباط أو نحوها، ولم يكن لأحدهما مرجح أقرع، فمن خرجت له القرعة قدم.

وكذلك لو بذل لأولاهم به ثوب أو ماء أو غيره، ولم يتميز الأولى رجحت القرعة) ا.هـ

وقال ابن عثيمين: (الأول السبق إلى المباح وإلى المسجد واضح، هذا أيضاً لو بذل لأول ثوب أو ماء أو غيره ولم يتبين الأولى رُجحت القرعة، يعني مثلاً قال: هذا الماء لأولى الناس به عطشاً ثم لم يتبين الأول أو الأولى رجحت القرعة) ا.هـ

وقال السعدي: (ومنها: إذا تداعيا عيناً ليست بيد أحدهما، ولا بيد من يدعيها لنفسه أقرع) ا.هـ

وقال ابن عثيمين: (لكن لو تراضيا في هذه الحال على القسمة تداعيا عينا وليس أحدهما أولى به من الآخر يقرع بينهما، لكن لو ترضيا وقالا: لا يحرم أحدنا حرماناً كاملاً، يعني نريد أن نجعلها نصفين. فالحق لهما، لا بأس) ا.هـ

وقال السعدي: (ومنها: إذا طلق إحدى زوجاته، أو أعتق أحد عبيده، وجهل من وقع عليها الطلاق أو العتق أقرع.

ومنها: الأولياء المستحقون للولاية إذا تساووا وتشاحوا أيهم يقدم أقرع بينهم) ا.هـ

وقال ابن عثيمين: (كأخوين كل منهما يريد أن يزوج أخته فيقرع بينهما) ا.هـ

وقال السعدي: (وأما إذا علم اشتراكهم في الأعيان أو الديون، وأرادوا القرعة لمن يكون له الشيء. فإن هذا من الميسر) ا.هـ

وقال ابن عثيمين: (لأنه يكون أحدهما غارم والثاني غانم، مثلاً كل منهما مشترك في هذه العين يعني بينهما سيارة فقال أحدهما للآخر: نقرع أينا تكون له السيارة كاملة. هذا حرام. هذا من اليسر. كذلك إذا كان بينهما شيء مناصفة ثم قسماه أثلاثاً وجعلا ثلثين جانباً وثلثا جانباً وقالا: نقرع، فإنه لا يجوز لأنه ميسر. قد يكون أحدهما له الثلث فيكون مظلوماً والآخر له ثلثان فيكون ظالماً. فلا بد من التساوي، كذلك الديون: لو كان لرجلين دين على شخص فقالا: نضرب قرعة ثم يكون الدين لك أو لي. هذا حرام لأنه إما غانم أو غارم) ا.هـ

وفي الأبضاع قول آخر: إنه لا تؤثر القرعة في حل المعين منها في الباطن، ولا تستعمل في إلحاق النسب عند الاشتباه على ظاهر المذهب، ويستعمل في حقوق الاختصاص والولايات ونحوها، ولا تستعمل في تعيين الواجب المبهم من العبادات ونحوها ابتداءً، وفي الكفارة وجه ضعيف: إن القرعة تميز اليمين المنسية.

ونحن نذكر ها هنا مسائل القرعة المذكورة في المذهب من أول الفقه إلى آخره بحسب الإمكان، الله الموفق:

فمنها: إذا اجتمع محدثان حدثاً أكبر أو أصغر، وعندهما ما يكفي أحدهما، ولا اختصاص لأحدهما به؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يقترعان عليه؛ لاستوائهما في الحاجة إليه.

والثاني: يقسم بينهما.

ولو كان أحدهما جنباً والآخر محدثاً حدثاً أصغر، وكان الماء يكفي كل واحد منهما ويفضل عنه فضلة لا يكفي الآخر؛ ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: المحدث أولى؛ لأن فضلته يمكن الجنب استعمالها، بخلاف فضلة الجنب؛ فإنها لا ترفع حدث المحدث ولا شيئاً منه.

والثاني: الجنب أولى؛ لغلظ حدثه.

والثالث: هما سواء؛ فيقرع بينهما، أو يعطيه باذل الماء لمن شاء منهما، قال صاحب «التلخيص»: هذه المسألة صورها جماعة من أصحابنا في ماء مباح أو مملوك أراد مالكه بذله لأحدهم، وفيه نظر؛ فإن المباح قبل وضع الأيدي عليه لا ملك فيه، وبعد وضع الأيدي للجميع والمالك له ولاية صرفه إلى ما شاء؛ قال: ويتصور ذلك عندي في الوصية بالماء لأولاهم به. انتهى.

ويتصور أيضاً في النذر لأولاهم والوقف عليه، وفيما إذا طلب المالك معرفة أولاهم ليؤثره به، وفيهما إذا وردوا على مباح وازدحموا وتشاحوا في التناول أو لا.

ومنها: إذا تشاحوا في الأذان مع تساويهم في الصفات المرجح بها فيه؛ فإنه يقرع بينهم، نص عليه أحمد في «رواية أبي داود»[1] وأبي طالب ومحمد بن موسى، واحتج بأن سعداً أقرع بينهم في الأذان يوم القادسية، ونص في «رواية أبي داود» على تقديم القرعة على اختيار الجيران، وفي «رواية محمد بن موسى» على أن المتعاهد للمسجد بالعمارة أحق.

ومنها: إذا اجتمع عراة ومع واحد منهم ثوب قد صلى فيه؛ استحب له إعارته لرفقائه، فإن ضاق الوقت وفيهم من يصلح للإمامة؛ استحب له إعارته؛ فيصلي فيه إماما والعراة خلفه، فإن استووا، أو لم يكن الثوب لواحد منهم؛ أقرع بينهم، فمن خرجت له القرعة؛ فهو أحق به، ذكره في «المغني»[2].

ومنها: إذا استوى اثنان في الصفات المرجح بها في الإمامة من كل وجه وتشاحا؛ أقرع بينهما؛ كما في الأذان.

وكذلك: إذا اجتمع اثنان من أولياء الميت واستويا وتشاحا في الصلاة عليه؛ أقرع بينهما، ولو ولي إمامة المسجد رجلان؛ صح، وكانا في الإمامة سواء، وأيهما سبق إليها؛ كان أحق بها، فإن حضرا معاً؛ احتمل أن يقرع بينهما فيقدم من قرع منهما، واحتمل أن يرجع إلى اختيار أهل المسجد لأحدهما، ذكر ذلك القاضي في «الأحكام السلطانية»[3].

ومنها: إذا قدم بميتين إلى مكان من مقبرة مسبلة في آن واحد، ولم يكن لأحدهما هناك مزية من أهل مدفونين عنده أو نحو ذلك؛ فإنه يقرع بينهما، صرح به الأصحاب، وكذلك إذا دفن اثنان في قبر واحد واستويا في الصفات؛ فإنه يقدم أحدهما إلى القبلة بالقرعة؛ كما فعل معاذ بن جبل بامرأتيه[4].

ومنها: إذا اجتمع ميتان، فبذل لهما كفنان، وكان أحد الكفنين أجود من الآخر، ولم يعين

---

(١) مسائل احمد لأبي داود (ص٢٨).
(٢) «المغني» (١/ ٣٤٨).
(٣) «الأحكام السلطانية» (ص٢٥).
(٤) الأثر عند ابن أبي الدنيا في «العيال» (٥١٤).

الباذل ما لكل واحد منهما؛ فإنه يقرع بينهما كما وردت السنة بذلك؛ فروى الإمام أحمد في «المسند»[1] من حديث الزبير أنه قال: لما كان يوم أحد؛ أقبلت صفية (يعني: أمه)، فأخرجت ثوبين معها، فقالت: هذان ثوبان جئت بهما لأخي حمزة؛ فكفنوه فيهما، قال: فجئت بالثوبين ليكفن فيهما حمزة، فإذا إلى جنبه رجل من الأنصار قتيل قد فعل به كما فعل بحمزة؛ قال: فوجدنا غضاضة وحياء أن يكفن حمزة في ثوبين والأنصاري لا كفن له؛ فقلنا: لحمزة ثوب وللأنصاري ثوب، فقدرناهما؛ فكان أحدهما أكبر من الآخر، فأقرعنا بينهما؛ فكفنا كل واحد منهما في الذي طار له.

وقد ذكره الأثرم للإمام أحمد لما عدد أحاديث القرعة؛ فعرفه أحمد وعده معها، وهذا يشعر بأنه يأخذ به.

ومنها: لو اشتبه عبده بعبد غيره؛ فهل يصح بيع عبده المشتبه من مالك الآخر قبل تمييزه أم لا؟

قال القاضي في «خلافه»: يحتمل أن لا يصح العقد حتى يقع التمييز وبماذا يقرع، يحتمل أن يقرع بينهما؛ فيعين بالقرعة، ثم يبيعه؛ لأنه قد اختلط المستحق بغيره، ويحتمل أن يقف على المراضاة، ولو سلمناه؛ فلأن الجهالة هنا بغير فعله؛ فعفي عنها؛ قال: وأجود ما يقال فيه: إنهما يبيعان العبدين ويقتسمان الثمن على قيمة العبدين، كما قلنا فيما إذا اختلط زيت أحدهما بزيت الآخر، وأحدهما أجود من الآخر: إنهما يبيعان الزيت ويقتسمان الثمن على القيمة. انتهى.

ومنها: إذا ادعى الوديعة اثنان، فقال المودع: لا أعلم لمن هي منكما؛ فإنه يقرع بينهما، فمن قرع صاحبه؛ حلف وأخذها، نص عليه أحمد، وهي من فروع مسألة تداعي عين بيد ثالث يعترف بأنها لأحدهما، وسنذكرها إن شاء الله تعالى.

ومنها: إذا استبق اثنان إلى الجلوس بالأماكن المباحة؛ كالطرق الواسعة ورحاب المساجد

---

(١) الأثر رواه أحمد (١/ ١٦٥)، والبزار (٩٨٠)، وأبويعلى (٦٨٦)، وسنده ضعيف؛ لكن للأثر متابعات عند البيهقي في السنن (٣/ ٤٠١)، والدلائل (٣/ ٢٨٩-٢٩٠) وبه يكون صحيحاً كما حكم بذلك أحمد شاكر في تعليقه على المسند (١٤١٨) والشيخ ناصر في الإرواء (٣/ ٧١١).

ونحوها لمعاش أو غيره؛ فالمذهب أنه يقدم أحدهما بالقرعة؛ وفيه وجه بتقديم السلطان لمن يرى منهما بنوع من الترجيح، وكذلك لو استبقا إلى موضع في رباط مسبل أو خان أو استبق فقيهان إلى مدرسة أو صوفيان إلى خانكاه، ذكره الحارثي، وهذا يتوجه على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما في المدارس والخوانق المختصة بوصف معين: إنه لا يتوقف الاستحقاق فيها على تنزيل ناظر، فأما على الوجه الآخر، وهو توقف الاستحقاق على تنزيله؛ فليس إلا ترجيحه بنوع من الترجيحات، وقد يقال: إنه يرجح بالقرعة مع التساوي.

ومنها: إذا استبق اثنان إلى معدن مباح أو غيره من المباحات، وضاق المكان إلا عن أحدهما؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يقترعان عليه، اختاره صاحب «المغني»[1].

والثاني: قاله القاضي، وإن كان أحدهما للتجارة؛ هايأ الإمام بينهما باليوم أو الساعة بحسب ما يرى؛ لأنه يطول، وإن كان للحاجة؛ فاحتمالات:

أحدها: يقرع بينهما.

والثاني: ينصب من يأخذ لهما ثم يقسم.

والثالث: يقدم من يراه أحوج وأولى.

وأما إن وقعت أيديهما على المباح؛ فهو بينهما بغير خلاف، وإن كان في كلام بعض الأصحاب ما يوهم خلاف ذلك؛ فليس بشيء.

ومنها: إذا اجتمع اثنان بين نهر مباح لكل منهما أرض يحتاج إلى السقي منه، وكانا متقابلين، ولم يمكن قسمة الماء بينهما؛ أقرع بينهما، فقدم من له القرعة، فإن كان لا يفضل عن أحدهما؛ سقى من له القرعة بقدر حقه من الماء، ثم تركه للآخر؛ لأنه يساويه في استحقاق الماء، وإنما القرعة للتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق، بخلاف الأعلى مع الأسفل؛ فإنه

(١) «المغني» (٥/ ٣٣٥).

ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى، وهنا الماء بينهما يستحق كل منهما أن يأخذ بقدر نسبة أرضه، ذكره في «المغني».

ومنها: إذا وصف اللقطة نفسان؛ فهل يقسم بينهما، أو يقرع فمن خرجت له القرعة فهي له؟ على وجهين.

ومنها: إذا التقط اثنان طفلاً وتساويا في الصفات؛ أقرع بينهما، ولم يقر في أيديهما جميعاً كما في الحضانة، وإن ادعى نفسان التقاط طفل، فإن كان في أيديهما؛ أقرع بينهما؛ فأقر بيد من خرجت له القرعة، وإن استويا في عدم اليد ولم يصفه أحدهما؛ فقال القاضي والأكثرون: لا حق لأحدهما فيه، ويعطيه الحاكم لمن شاء منهما أو من غيرهما؛ لأنه لم يثبت لهما سبب الاستحقاق، وقال صاحب «المغني»[1]: الأولى أن يقرع بينهما؛ لأنهما تنازعا شيئاً في يد غيرهما؛ فأشبه ما لو تنازعا وديعة.

وفيه نظر؛ فإن الوديعة لمعين ولا مدعي لها سواهما، بخلاف اللقيط؛ فإن الحق لمن سبق إليه، ولم يثبت السبق لواحد منهما؛ فصارا كغيرهما، ولو ادعى اثنان لقطة بين أيديهما كل منهما يقول: أنا سبقت إليها؛ أقرع بينهما، ذكره القاضي في «خلافه».

وهذا في الظاهر يخالف قوله في دعوى التقاط الطفل؛ إلا أن يفرق بينهما بأن اللقطة تؤول إلى المُلك؛ فهي كتداعي اثنين ملكية عين بين أيديهما لا يد عليها لأحد؛ كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ومنها: إذا وصى لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم؛ فهل تبطل الوصية، أو تصح ويميز أحدهما بالقرعة؟

فيه خلاف سبق ذكره مبسوطاً، وكذلك سبق ذكر من وهب أحد أولاده وتعذر الوقوف على عينه، أو وقف عليه واشتبه فيهم.

ومنها: إذا أوصى لزيد بعبد من عبيده، قال الخرقي: يعطى واحداً منهم بالقرعة؛ كما لو أعتق واحداً مبهماً، والمنصوص عن أحمد في «رواية ابن منصور» أن له أخسهم (يعني: أدنى ما

---

(١) «المغني» (٦/ ٤٣).

يقع عليه الاسم منهم)؛ لأنه المتيقن، وإنما أقرعنا في العتق؛ لأن العتق حق للعبد، وقد تساووا في استحقاقه؛ فيميز بالقرعة، وهنا الحق للموصى له، وإنما يستحق ما يصدق عليه الاسم.

ومنها: إذا مات المتوارثان، وعلم أسبقهما موتاً ثم نسي؛ فقال القاضي: لا يمتنع أن نقول هنا بالقرعة؛ لتعيين السابق، والمذهب أن حكم ذلك حكم ما لو جهلوا الحال أولاً؛ لأنه يورث كل واحد منهما من الآخر من تلاد ماله دون ما ورثه منه، ولو ادعى ورثة كل واحد منهما سبق الآخر ولا بينة لهما، أو تعارضت البينتان؛ ففيه أوجه:

أحدها: يعين السابق بالقرعة، اختاره ابن أبي موسى، وضعفه أبو بكر في كتاب «الخلاف».

والثاني: يتوارثان؛ كما لو جهل الورثة الحال، وهو قول أبي الخطاب، وقال القاضي في «المجرد» وابن عقيل: هو قياس المذهب.

والثالث: يحلف ورثة كل واحد لإسقاط دعوى الآخر ولا يتوارثان، نص عليه أحمد، واختاره الخرقي؛ لأن ورثة كل واحد قد علم استحقاقهم لإرثه، وغيرهم يدعي عليهم استحقاق مشاركتهم وهم ينكرون ذلك؛ فيكون القول قولهم مع أيمانهم، بخلاف مسائل الغرقى؛ فإن الورثة متفقون فيها على عدم العلم بالسابق، وليس فيهم مدع لاستحقاق انفراده بمال ميته.

والوجه الرابع -وهو اختيار أبي بكر في «الخلاف»-: إنه يقسم القدر المتنازع فيه من الميراث بين مدعيه نصفين، وعليهما اليمين في ذلك؛ كما لو تنازعا دابة في أيديهما.

ومنها: إذا مات عن زوجات وقد طلق إحداهن طلاقاً يقطع الإرث، أو كان نكاح بعضهن فاسداً لا توارث فيه، وجهل عين المطلقة وذات النكاح الفاسد؛ فإنها تعين بالقرعة، والميراث للبواقي، نص عليه أحمد.

ومنها: الأولياء المستوون في النكاح إذا تشاحوا أقرع بينهم، فإن سبق من أخطأته القرعة، فزوج؛ فهل يصح أم لا؟

على وجهين.

ومنها: لو زوج وليان من اثنين، وجهل أسبق العقدين؛ ففيه روايتان:

إحداهما: يميز الأسبق بالقرعة، فمن خرجت له القرعة؛ فهي زوجته، ولا يحتاج إلى تجديد عقد، ولا يحتاج الآخر إلى طلاق، هذا ظاهر كلام أحمد في «رواية حنبل» و «ابن منصور».

وقد ذكر هذه الرواية على هذا الوجه القاضي في «المجرد» وابن عقيل وغيرهما، وذكر القاضي في «الجامع» و «الخلاف» و «الروايتين» وأبوالخطاب وغيرهما: إن الآخر يؤمر بالطلاق كما يطلق في النكاح الفاسد، وفيه ضعف؛ فإن هذا لم يتحقق له نكاح منعقد، بخلاف الناكح نكاحاً فاسداً.

وأيضاً؛ فمجرد طلاقه بتقدير أن يكون نكاحه هو السابق لا يفيد حل المرأة للآخر؛ فلهذا قال طائفة من الأصحاب: يجدد الذي خرجت عليه القرعة النكاح؛ لتحل له بيقين، وقد حكى ذلك القاضي في «كتاب الروايتين» عن أبي بكر أحمد بن سلمان النجاد، ثم رده بأنه لا يبقى حينئذ معنى للقرعة؛ فإنه إذا أمر أحدهما بالطلاق وأمر القارع بتجديد النكاح؛ فقد حلت المرأة من زوجيتهما جميعاً، فلها أن تتزوج حينئذ من شاءت منهما ومن غيرهما، ولا فائدة حينئذ للقرعة، وهذا بعينه قول من يقول بفسخ نكاحهما؛ كما سيأتي.

وقال الشيخ تقي الدين[1]: لو كان الأمر كما ذكروه؛ لم يبق بين الروايتين فرق، ولا للقرعة فائدة، وإنما يجب على رواية القرعة أن يقال: هي زوجة القارع، بحيث يجب عليه نفقتها وسكناها، ولو مات ورثته، لكن لا يطأها حتى يجدد العقد؛ فيكون تجديد العقد يحل الوطء فقط، هذا قياس المذهب، أو يقال: إنه لا يحكم بالزوجية إلا بالتجديد، ويكون التجديد واجباً عليه وعليها كما كان الطلاق واجباً على الآخر، قال: وليس في كلام أحمد تعرض لطلاق ولا لتجديد الآخر النكاح، فإن القرعة جعلها الشارع حجة وبينة تفيد الحل ظاهراً؛ كالشهادة والنكول ونحوهما مما لا يوقف معه على حقيقة الأمر في الباطن والمجهول غير مكلف به العباد، بل هو في نظر الشرع كالمعدوم ما دام مجهولاً.

(١) «الاختيارات» (ص٣٠٦-٣٠٧).

ونظير هذه الرواية في القرعة: إن المشهور من المذهب أن من طلق واحدة من زوجاته ثم أنسيها؛ فإنها تعين بالقرعة، ويحل له وطء البواقي؛ فكذلك ها هنا يميز النكاح الصحيح من الباطل بالقرعة، ويفيد حل الوطء، ولا يقال: هناك الأصل فيمن لم يخرج عليها القرعة بقاء النكاح، ولم يتيقن وقوع الطلاق عليها، وهنا الأصل عدم انعقاد النكاح في كل واحد منهما؛ فلا يباح الوطء بدون تيقن العقد الصحيح؛ لأنا نقول: الاستصحاب بطل بيقين وقوع الطلاق المحرم، ولهذا أبطل أصحابنا الاستصحاب في مسألة اشتباه الماء الطاهر بالنجس، ومنعوا استعمال أحدهما بالتحري؛ لأن الاستصحاب زال حكمه بيقين التنجس، وحينئذ تتفق الصورتان؛ لأن في إحديهما اشتبهت الزوجة بالمطلقة ثلاثاً، وفي الأخرى اشتبه الزوج بغيره، وكون أحدهما له أصل في الحل دون الآخر لا أثر له عندنا، ولهذا يسوى بين اشتباه البول بالماء الطاهر واشتباه الماء النجس بالطاهر، ونحن نقول على أحد الوجهين: لو أقر بأن ولد إحدى إمائه ابنه، ثم مات ولم يعينه؛ عُيِّن بالقرعة؛ وإن كان المشتبه حر الأصل.

واعلم أن القاضي حكى عن أبي بكر بن سلمان النجاد أنه يقرع بين الزوجين، فمن قرع؛ أمر صاحبه بالطلاق، ثم جدد الآخر نكاحه.

وقرأت بخط القاضي في «بعض مجاميعه»؛ قال: حكى أبو الحسن الجزري، قال: سئل أبو علي النجاد عن رجل زوج ابنته على صداق ألف درهم، ثم مات الأب قبل دخول الزوج بها، فحضر ثلاثة رجال كل واحد منهم يقول: زوجني أبوك منك على صداق ألف درهم قبضها مني، وعدم كل واحد منهم في الحال البينة، وقالت البنت: أعلم أن واحداً من هؤلاء الثلاثة زوجي يقيناً، ولكن لا أعرفه عيناً؛ فقال أبو علي النجاد: ترفع أمرها إلى الحاكم، فيجبر الثلاثة على أن يطلقها كل واحد منهم طلقة واحدة، ثم يقترع الثلاثة على الألف؛ فأيهم كانت له القرعة أخذ الألف، ثم يقال للمرأة: تزوجي أيهم شئت إن أحببت، فإن كانت هذه الحكاية مستند القاضي في الحكاية عن النجاد؛ فقد وهم في تسميته؛ فإن الحكاية عن أبي علي، ونسبها هو إلى أبي بكر بن سلمان، وليست المسألة في نكاحين مشتبهين، بل في دعوى، والقرعة فيها إنما هي للمال لا لحل البضع؛ فلا يصح ما حكاه القاضي عن أبي بكر النجاد بالكلية؛ فليحقق ذلك.

والرواية الثانية: يفسخ النكاحان جميعاً، ثم تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما إذا شاءت، نقلها أبو الحارث ومهنا، وهي اختيار أبي بكر في «خلافه» والخرقي، وحكى ابن أبي موسى في المسألة روايتين:

إحداهما: يبطل النكاحان.

والثانية: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة؛ فهي له.

قال: والأول أظهر وأصح، وظاهره أن النكاحين يبطلان من غير فسخ، ويشهد له ما نقله ابن منصور عن أحمد في وليين زوجا امرأة لا تدري أيهما زوج قبل؛ قال: ما أرى لواحد ها هنا نكاحاً، ومن الأصحاب من حكى ذلك وجهاً، وقيده بما إذا أمكن وقوعهما معاً، وقد جعل القاضي في «خلافه» المذهب كذلك، وأما إن علم وقوعهما معاً؛ فهما جميعاً باطلان غير منعقدين.

وذكر القاضي في «خلافه» وفي «كتاب الروايتين»[1] أن حكمه حكم ما لو وقعا مترتبين، وجهل أسبقهما، وفيه الروايتان، قال أبو البركات: وهذا لا وجه له، ولعله خرق الإجماع، فأما حكم المهر في هذين النكاحين المشتبهين؛ فقد سبق ذكره، وإن في وجوب نصف المهر على من تخرج عليه القرعة منهما وجهين، فإن ماتت المرأة قبل الفسخ؛ ففي «المغني» احتمالان:

أحدهما: يوقف نصف ميراثها أو ربعه حتى يصطلحا عليه.

والثاني: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة؛ حلف أنه المستحق وورث.

قال الشيخ تقي الدين: وكلا الوجهين لا يخرج على المذهب، أما الأول؛ فلأنا لا نقف الخصومات قط، وأما الثاني؛ فكيف يحلف من قال: لا أعرف الحال، وإنما المذهب على رواية القرعة: أيهما قرع؛ فله الميراث بلا يمين، وأما على قولنا: لا يقرع، فإذا قلنا: إنها تأخذ من أحدهما نصف المهر بالقرعة؛ فكذلك يرثها أحدهما بالقرعة بطريق الأولى، وإن قلنا: لا مهر؛ فهنا قد يقال بالقرعة أيضاً. انتهى.

---

(١) «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (ص٩٦).

وإن مات الزوجان جميعاً؛ فلها ربع ميراث أحدهما. فإن اتفقت هي مع أحد الزوجين قبل موته أو مع ورثته: أنه هو السابق؛ فالميراث لها منه بغير إشكال، وإن ادعت أن أحدهما هو السابق وأنكر هو أو ورثته؛ فالقول قولهم مع أيمانهم، فإن نكلوا؛ قضي عليهم، وإن لم تقر المرأة بسبق أحدهما؛ ففي «المغني» احتمالان:

أحدهما: أن يحلف ورثة كل منهما ويبرأ.

والثاني: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة؛ فلها ربع ميراثه.

وهذا الوجه الثاني يتعين فيما إذا أنكر الورثة العلم بالحال، ويشهد له نص أحمد في «رواية حنبل» وغيره فيمن زوج إحدى بناته من رجل ثم مات الأب، ثم مات الزوج ولم يعلم عين الزوجة: إنه يقرع بينهن، فأيتهن أصابتها القرعة؛ فهي التي ترثه، وقد ذكر ذلك صاحب «المغني» أيضاً فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولم تقر الزوجة لواحد منهما بذلك، ثم ماتا: إنه يقرع بينهما، ويكون لها ميراث من تقع القرعة عليه، ولم يذكر فيه خلافاً.

ومنها: إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة، ثم طلق الجميع ثلاثاً؛ فالمشهور عند الأصحاب أنه يخرج منهن أربع بالقرعة، فيكن المختارات، وله نكاح البواقي بعد عدة الأربع بناءً على أن الطلاق اختيار، والقرعة لها مدخل في تعيين المطلقات المبهمات؛ فيميزن بالقرعة، ويحكم باختيارهن، وينفسخ نكاح البواقي بغير طلاق؛ فيباح له نكاحهن بدون زوج وإصابة بعد انقضاء عدة الأربع.

وقال القاضي في «خلافه» في كتاب البيع: يطلق الجميع ثلاثاً؛ لأن نكاحهن ثابت لم يحكم بفساده؛ فيلحقهن الطلاق الثلاث؛ فلا ينكح شيئاً منهن إلا بعد زوج وإصابة. وهذا يرجع إلى أن الطلاق فسخ وليس باختيار، ولكن يلزم منه أن يكون للرجل في الإسلام أكثر من أربع زوجات يتصرف فيهن بخصائص ملك النكاح من الطلاق وغيره، وهو بعيد، واختيار الشيخ تقي الدين: إن الطلاق ها هنا فسخ لا يحسب من الطلاق الثلاث، وليس باختيار، وإن مات قبل أن يختار منهن أربعاً؛ فإنه يقرع بينهن؛ فيورث أربع منهن بالقرعة[1].

---

(١) «الاختيارات» (ص٢١٤).

وأما العدة؛ ففيها وجهان:

أحدهما: على الجميع عدة الوفاة، قاله القاضي في «الجامع» لأنه مات والكل محبوسات على نكاحه؛ فكان عليهن عدة الوفاة، وإسلامه لم يوجب البينونة في الزائد على الأربع، بل البينونة تقف على اختياره، فإذا اختار في حياته أربعاً؛ فعدة البواقي من حين الاختيار على المشهور لا من حين الإسلام.

والثاني -وهو قول القاضي في «المجرد» وابن عقيل وصاحب «المغني»[1]-:إن عليهن أطول الأمرين من عدة الوفاة وعدم الوطء، وعللوه بأن أربعاً منهن زوجات والبواقي موطوآت بشبهة؛ فيجب على الجميع أطول العدتين؛ لتبرأ الذمة من العدة الواجبة بيقين.

وهذا لا يتخرج إلا على القول بأن البينونة ثبتت بالإسلام وتتبين بالاختيار، فإذا اختار أربعاً؛ فعدة البواقي من حين إسلامه، أما إذا قلنا: عدتهن من حين اختياره؛ فهن زوجات له حتى يختار؛ فلا يتوجه أن يجب عليهن سوى عدة الوفاة؛ إلا أن يقال: نكاحهن في حكم الفاسد؛ لأنه لا يجوز استدامته بحال؛ فلا يجوز أن يثبت له خصائص النكاح الصحيح، ويجاب عنه: بأن النكاح الفاسد إذا اتصل به الموت؛ أوجب عدة الوفاة على المنصوص؛ فهذا أولى.

ويلتحق بهذه المسألة: ما إذا طلق واحدة مبهمة أو معينة، ثم أنسيها، ثم مات قبل القرعة؛ فإنا نقرع بينهن، وتخرج المطلقة بالقرعة، ويورث البواقي؛ كما نص عليه أحمد.

وأما العدة؛ فذكر القاضي في «خلافه» أنه يجب على كل واحدة منهن عدة الوفاة إن لم يكن دخل بهن؛ ليسقط الفرض بيقين، وإن دخل بهن؛ لزمهن أطول الأمرين من عدة الطلاق من حينه وعدة الوفاة من حينها؛ لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مطلقة وأن تكون زوجة؛ فلا تبرأ الذمة بدون ذلك.

وهذا يخالف المنصوص عن أحمد؛ فإنه نص في «رواية أبي طالب» أنه يقرع بينهن، فأيتهن أصابتها القرعة؛ لم تورث ولم تعتد، ومراده أنها لا تعتد عدة الوفاة، وهذا يدل على أن العدة

(١) «المغني» (٧/ ١٢١-١٢٢).

تابعة للميراث، وهو ظاهر كلام القاضي في «المجرد»، فمن خرجت لها قرعة الطلاق؛ فليس عليها سوى عدة الطلاق من حينها، وعلى البواقي عدة الوفاة من حينها؛ لأن القرعة بينة شرعية، وقد حكمنا بحل البضع بها كما سبق؛ فجاز أن ينبني عليها حكم العدة؛ لأنها من توابع الطلاق ولوازمه.

فعلى هذا المنصوص يتخرج في مسألة من أسلم على أكثر من أربع ثم مات قبل أن يختار منهن: أن يقرع بين أربع منهن؛ فيكن المختارات، وتلزمهن عدة الوفاة من حينها، ويلزم البواقي عدة الوطء من حين الإسلام إذا قلنا: إن عدتهن من حين الإسلام، وعلى قول القاضي: على الجميع الاعتداد بأطول الأجلين.

ومنها: إذا أصدق الزوجة عبداً من عبيده؛ فحكى طائفة من الأصحاب في المسألة روايتين:

إحداهما: إنه يتعين بالقرعة.

والثانية: لها الوسط منهم.

وخرج ابن عقيل فيها وجهين آخرين:

أحدهم: إنه يعطيها ما يختاره هو.

والثاني: تعطى ما تختاره هي.

واختار أنهم إن تساووا؛ فلها واحد بالقرعة، وإلا؛ فلها الوسط.

والمنصوص عن أحمد في ذلك ما نقله عنه مُهنًّا في رجل تزوج امرأة على عبد من عبيده، فقال: أعطيها من أحسنهم؟ قال: ليس له ذاك، ولكن يعطيها من أوسطهم. فقلت له: ترى أن يقرع بينهم؟ قال: نعم. فقلت: تستقيم القرعة في هذا؟ قال: نعم، يقرع بين العبيد.

وتأول أبو بكر هذا على أنه تزوجها على عبد معين واشتبه.

قال القاضي: ولا يصح هذا التأويل. قال: لأنه قال: تعطى وسطهم، ولو كان معيناً؛ لم يعتبر الوسط.

ونقل عنه جعفر بن محمد: يقوم الخادم وسطاً على قدر ما يخدم مثلها.

ومنها: إذا دعاه اثنان إلى وليمة عرس واستويا في الصفات المرجحة؛ أقرع بينهما.

ومنها: إذا زفت إليه امرأتان معاً؛ فإنه يقدم إحداهما بالقرعة.

ومنها: إذا أراد السفر بإحدى زوجاته أو البداءة بها؛ لم يجز بدون قرعة؛ إلا أن يرضى البواقي بذلك.

ومنها: لو طلق امرأة من نسائه مبهمة بأن قال لامرأتيه: إحداكما طالق، ولم ينو معيناً؛ فإنه يعين المطلقة بالقرعة في ظاهر المذهب، ونص عليه أحمد في رواية جماعة.

وفيه رواية ثانية: إن له تعيينها باختياره، وتوقف أحمد مرة فيها في «رواية أبي الحارث».

ومنها: إذا طلق واحدة معينة من نسائه، ثم أنسيها أو جهلها ابتداء، كمن قال: إن كان هذا الطائر غراباً؛ ففلانة طالق، وإن لم يكن غراباً؛ ففلانة طالق، فطار ولم يعرف ما كان؛ فالمشهور أيضاً أنها تعين بالقرعة، ويحل له البواقي، كما أنه لو أعتق أمة من إمائه وأنسيها؛ عينها بالقرعة، وحل له البواقي؛ لأن القرعة قامت مقام الشاهد والمخبر للضرورة، والشارع لم يكلف العباد بما في نفس الأمر، بل بما ظهر وبدا، وإن كان مخالفاً لما في نفس الأمر، والمجهول كالمعدوم ما دام مجهولاً، فإذا علم؛ ظهر حكمه؛ كالاجتهاد مع النص والتيمم مع الماء، وقد نص أحمد صريحاً على هذا في رواية جماعة، وعن أحمد: إنه لا يقرع، بل يوقف الأمر حتى يتبين.

قال الشالنجي: سألت أحمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق؟ قال: أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة. قلت: أرأيت إن مات هذا؟ قال: أقول بالقرعة؛ أي: لأجل الميراث بعد الموت. وهذا اختيار صاحب «المغني»[1]، والمذهب الأول.

عليه، فلو ذكر أن المطلقة غير من أصابتها القرعة، وأنه يَذَّكَّر ذلك؛ لزمه الطلاق فيها، وهل ترجع إليه التي وقعت عليها القرعة؟

---

(١) «المغني» (٧/ ٣٨٣-٣٨٤).

توقف فيه أحمد مرة، وقال في «رواية الميموني»: إن كانت تزوجت؛ لم ترجع إليه لأن حق الزوج الثاني تعلق بها؛ فلا يقبل قوله في إبطال حقه وفسخ نكاحه، وإن لم تتزوج، فإن كانت القرعة بفعل الحاكم؛ لم ترجع إليه أيضاً، نص عليه في «رواية الميموني» أيضاً.

قال ابن أبي موسى: وهو يرجع إلى أن حكم الحاكم له تأثير في التحريم. وفيما قاله نظر، بل الظاهر أنه يرجع إلى أن فعل الحاكم حكم؛ فلا يقبل قول الزوج فيما يرفع فعل الحاكم؛ لأن تعليق حكم الحاكم كتعلق حق الزوج وأولى، وإن لم تكن القرعة من الحاكم؛ رجعت إليه، نص عليه أيضاً؛ لأن إخباره بذلك مقبول قبل القرعة؛ فكذلك بعدها، إلا أن يتضمن إبطال حق لغيره، ولم يوجد ذلك هنا.

وعن أبي بكر وابن حامد: لا يرجع إليه؛ لأنه متهم في نفي الطلاق عنها؛ فلا يقبل قوله فيه.

ومنها: لو رأى رجلان طائراً، فقال أحدهما: إن كان غراباً؛ فامرأتي طالق ثلاثاً، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً؛ فامرأتي طالق ثلاثاً؛ ففيه وجهان:

أحدهما: ينبني كل واحد منهما على يقين نكاحه، ولا يحكم عليه بالطلاق؛ لأنه متيقن لحل زوجته، شاك في تحريمها، بخلاف ما إذا كانت الزوجتان لرجل واحد؛ فإنه تيقن زوال النكاح في إحدى زوجتيه؛ فلذلك عينت بالقرعة، وهذا اختيار القاضي وأبي الخطاب وكثير من المتأخرين.

والثاني: إنه يقرع بينهما؛ فمن وقعت عليه القرعة؛ طلقت زوجته، كما لو كانا لرجل واحد، وهو اختيار الشيرازي في «الإيضاح» وابن عقيل والحلواني، وفي «الجامع» للقاضي: إنه قياس المذهب.

وعلى الأول، فمن اعتقد خطأ الآخر دونه؛ حل له الوطء، وإن شك وتردد؛ كف عنه وجوباً عند القاضي وورعاً عند ابن عقيل.

والمنصوص عن أحمد في هذه المسألة: ما رواه عنه ابنه عبد الله: أنه قال: يعتزلان نساءهما حتى يتيقن؛ فيحتمل أن يكون حكم بوقوع الطلاق على أحدهما ولكن لم يخرجه بالقرعة كما رواه الشالنجي عنه، ويحتمل -وهو الأظهر- أنه منع من الوطء خاصة كما قاله القاضي.

قال الشيخ تقي الدين[1]: تأملت نصوص أحمد؛ فوجدته يأمر باعتزال الرجل امرأته في كل يمين حلف الرجل عليها بالطلاق وهو لا يدري؛ أهو بارٌّ فيها أم لا؛ حتى يستيقن أنه بار، فإن لم يعلم أنه بار؛ اعتزلها أبداً، وإن علم أنه بار في وقت؛ اعتزلها وقت الشك، وحاصله أنه متى علق الطلاق بشرط وأمكن وجوده؛ فإنه يعتزل امرأته حتى يعلم انتفاؤه. نص على فروع هذا الأصل في مواضع:

منها: إذا قال: إن كنت حاملاً؛ فأنت طالق؛ يعتزلها حتى يتبين الحمل.

ومنها: إذا وكل وكيلاً في طلاق امرأته؛ يعتزلها حتى يدري ما يفعل.

ومنها: إذا قال: أنت طالق ليلة القدر؛ يعتزلها إذا دخل العشر الأواخر؛ لإمكان أن تكون أول ليلة.

ومنها: إذا قال: أنت طالق قبل موتي بشهر؛ فإنه يعتزلها مطلقاً، نقله عنه مُهنّا.

ومنها: مسألة إن كان الطائر غراباً، وهي هذه المسألة.

ومن مسائل القرعة: إذا قال لامرأته: إن ولدت ذكراً؛ فأنت طالق طلقة، وإن ولدت أنثى؛ فأنت طالق طلقتين، فولدت ذكراً وأنثى متعاقبين، وأشكل السابق منهما؛ ففيه وجهان:

أحدهما: إنه يقع بها واحدة؛ لأنه اليقين والزائد عليه مشكوك فيه؛ فيلغى، كما لو طلق وشك: هل طلق واحدة أو اثنتين؟ وهذا قول أبي الخطاب، ورجحه صاحب «المغني»[2].

والثاني: يعين الواقع منهما بالقرعة، قاله القاضي وابن عقيل؛ لأنه تحقق وقوع أحد المعلقين، وشك في عينه؛ فميز بالقرعة، كما لو تيقن وقوع طلاق إحدى الزوجتين وشك في عينها.

ومأخذ الخلاف أن القرعة لا مدخل لها في إلحاق الطلاق المشكوك فيه، ولها مدخل في تعيين المحل المشتبه عند لحوق الطلاق لأحد الأعيان المشتبهة، فمن قال بالقرعة هنا؛ جعلها لتعيين

---

(١) «الاختيارات» (ص٢٥٩).

(٢) «المغني» (٧/ ٣٥١-٣٥٢).

إحدى الصفتين، وجعل وقوع الطلاق لازماً لذلك، ومن منعها؛ نظر إلى أن القصد بها هنا هو اللازم، وهو الوقوع، ولا مدخل للقرعة فيه، وهذا أظهر.

ومن غرائب مسائل القرعة في الطلاق: إذا قال لزوجاته الأربع: أيتكن لم أطأها الليلة؛ فصواحباتها طوالق؛ ولم يطأ تلك الليلة واحدة منهن؛ فالمشهور عند الأصحاب أنهن يطلقن ثلاثاً ثلاثاً؛ لأن شرط الطلاق - وهو خلو الوطء في الليلة - قد تحقق في آخر جزء منها، فإذا بقي جزء منها لا يتسع للإيلاج؛ تحقق شرط طلاق الجميع دفعة واحدة، فيطلق الجميع ثلاثاً ثلاثاً؛ لأن لكل واحدة ثلاث صواحبات لم يطأهن، فاجتمعت شروط وقوع الثلاث عليها.

وقد حكى أبو بكر في «التنبيه»: في المسألة وجهين عن الأصحاب:

أحدهما: هذا.

والآخر -وهو الذي ذكره أولاً وجزم به-: إن إحداهن تطلق ثلاثاً والبواقي يطلقن اثنتين اثنتين.

وعلله بأنه لما امتنع عن الأولى؛ طلقت الثلاث واحدة واحدة، فلما امتنع عن الثانية؛ طلقت الأولى واحدة والثالثة والرابعة ثنتين، فلما امتنع عن الثالثة طلقت الأولى اثنتين والثانية اثنتين والثالثة كذلك وبانت الرابعة، فلما امتنع عن الرابعة؛ امتنع عنها وهي غير زوجة؛ فلم يقع بالامتناع منها طلاق.

فعلى هذا الوجه ينبغي أن يقرع بينهن، فمن خرجت لها قرعة الثلاث؛ حرمت بدون زوج وإصابة، وملك رجعة البواقي.

وشرح كلامه: إنه يقدر الامتناع من وطئهن مرتباً؛ لأنه لا يمكن إلا كذلك، فإذا بقي من الليلة زمن لا يتسع للإيلاج في أربع؛ فقد تعذر وطء الأولى حينئذ؛ فتطلق الثلاثة البواقي طلقة طلقة، فإذا بقي زمن لا يتسع للإيلاج في الثلاث؛ فقد تعذر وطء الثانية؛ فطلقت الأولى والثالثة والرابعة طلقة طلقة، فيجتمع على الأولى والثانية طلقة، وعلى الثالثة والرابعة طلقتان، فإذا بقي زمن لا يتسع للإيلاج في اثنتين؛ فقد تعذر وطء الثالثة، فتطلق به الأولى والثانية والرابعة؛ فيجتمع على الأولى والثانية طلقتان، وعلى الرابعة ثلاث طلقات؛ فتحرم حينئذ،

وتخرج عن الزوجية؛ فلا يبقى الامتناع من وطئها شرطاً لطلاق صواحباتها؛ لأن تقدير كلامه: أيتكن لم أطأها الليلة وهي زوجتي، وقد تعذر ذلك في هذه الرابعة، وهذا يرجع إلى أنه متى حلف بالطلاق على فعل شيء في وقت متسع، فتعذر فعله في آخر أجزاء ذلك الوقت؛ أنه لا يحنث؛ لأن حنثه إنما هو بترك ذلك في آخر الوقت؛ فيستدعي وجود المحلوف عليه حينئذ؛ والمعروف من المذهب أنه يحنث في حال التعذر؛ كما لو حلف ليشربن ماء هذا الكوز اليوم، فتلف قبل مضي اليوم؛ فإنه يحنث في الحال، وعلى ما ذكره أبو بكر لا يحنث، وقال صاحب «المستوعب»: ويمكن أن يقال: الأولة منهن من كان وقت اليمين حظها من القسم، والثانية التي تليها.

ومنها: إذا ادعى الزوج الرجعة والزوجة انقضاء العدة في آن واحد؛ ففيه وجهان:

أحدهما: القول قول المرأة؛ لأن الزوج مدعي، وهي تنكر.

والثاني: يقرع بينهما، فمن قرع؛ فالقول قوله.

ومنها: إذا آلى من واحدة معينة واشتبهت عليه؛ فإنها تميز بالقرعة، ذكره أبو بكر، وإن آلى من واحدة مبهمة؛ ففي «المحرر»[1] وجهان:

أحدهما: تعين بالقرعة.

والثاني: بتعيينه.

وهما مخرجان من الروايتين في مسألة الطلاق.

وفي «المغني»[2]: له وطء الجميع سوى واحدة منهن، فإذا لم يبق سوى واحدة؛ تعين الإيلاء فيها لأنه لا يمكن وطؤها بدون الحنث في هذه الحال، بخلاف ما قبلها؛ فلا يصير مؤلياً بدون ذلك.

ومنها: إذا تعذر إثبات النسب بالقافة؛ إما لعدمها، أو لعدم إلحاقها النسب؛ لإشكاله عليها،

---

(١) «المحرر» (٢/ ٨٦).

(٢) «المغني» (٧/ ٤٢٢).

أو لاختلافها فيه ونحو ذلك؛ فالمشهور أنه لا يلحق بالقرعة.

وقد قال أحمد في «رواية علي ابن سعيد» في حديث علي في ثلاثة وقعوا على امرأة فأقرع بينهم[1]؛ قال: لا أعرفه صحيحاً. وأوهنه، وقال في رواية ابن منصور: وحديث عمر في القافة[2] أعجب إلي (يعني: من هذا الحديث).

وعلى هذا؛ فهل يضيع نسبه، أو يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من يميل طبعه إليه من المدعين له فيلحق به؟

على وجهين، والأول قول أبي بكر، والثاني قول ابن حامد.

واختار صاحب «المحرر»[3] أنه يلحق بالمدعيين معاً؛ كالمدعيين لعين ليست في يد أحدهما إذا استويا في البينة أو عدمها؛ فإن العين تقسم بينهما، كذلك ها هنا يلحق النسب بهما؛ إذ لا يمكن إلحاقه بالقرعة.

وقال إسحاق بن إبراهيم: سألت أبا عبد الله عن حديث عمر: إن رجلين اختصما إليه أنهما وقعا على امرأة في طهرها؛ أيش تقول فيه؟ قال أحمد: إن ولدت؛ خيرت الابن أيهما شاء اختار، ويرثهما جميعاً، ويخير في حياتهما أيهما شاء من الأبوين اختار. قال القاضي: هذا موافق لقول ابن حامد: إنه ينسب إلى من اختار منهما. وقال الحارثي: إنما دل على أنه ينسب إليهما. كما اختاره صاحب «المحرر»[4]؛ لأنه ورثه منهما، ولم يوقفه إلى بلوغه وتخييره، إنما هو للحضانة.

والأظهر عندي أن مراد أحمد أنه إذا ألحقته القافة بالأبوين معاً؛ ورثهما، وخير في المقام عند

---

(١) حديث علي رواه أبوداود (٢٢٦٩)، والنسائي (٦/ ١٨٢-١٨٣)، والطيالسي (١٨٧)، والحاكم (٣/ ١٣٥-١٣٦)، والبيهقي (١٠/ ٢٦٧) والعقيلي (١/ ٤٥) والحديث تكلم فيه ابن أبي حاتم في العلل (١٢٠٤، ٢٣١٧)، والدارقطني في العلل (٣/ ٣١٣) وان الراجح أن الحديث موقوفاً على علي وليس مرفوعاً.

(٢) أثر عمر رواه مالك في «الموطأ» (٤٦١)، والشافعي في «المسند» (٣٣٠)، والبيهقي في السنن (١٠/ ٢٦٣).

(٣) «المحرر» (٢/ ١٠٢).

(٤) «المحرر» (٢/ ١٠٢).

من يختار منهما؛ فإنه سئل عن حديث عمر، وحديث عمر فيه هذان الحكمان.

وعن أحمد: إنه يقرع بينهما؛ فيلحق نسبه بالقرعة، ذكرهما في «المغني»[1] في كتاب الفرائض، وهي مأخوذة والله أعلم مما روى صالح عن أبيه أنه قال: القرعة أراها، قد أقرع النبي ﷺ في خمسة مواضع. فذكر منها وأقرع في الولد، حديث الأجلح عن الشعبي عن أبي الخليل عن زيد بن أرقم، وهو مختلف فيه، وأذهب إلى القرعة؛ لأن النبي ﷺ اقرع. قلت: إن بعض الناس لا يجيزون القرعة إلا في الأموال. قال: أليس قد أقرع النبي ﷺ بين نسائه[2]، والقرعة في القرآن في موضعين[3].

وظاهر هذا أنه أخذ بالقرعة في النسب، وقد ذكرنا طرق حديث زيد ابن أرقم والاختلاف فيه وكلام الحفاظ عليه وتوجيه ما تضمنه من توزيع الغرم في جزء مفرد.

وقد قال أبو بكر عبد العزيز: لو صح؛ لقلنا به، وأما حكم تحريم النكاح؛ فإن ألحقت القافة الولد بأحد الواطئين، وكان بنتاً؛ حلت لأولاد الآخر، ولم تحل لأحد من الواطئين لكونها ربيبة له، وإن لم توجد قافة، فإن قلنا: يضيع النسب؛ حرمت على الواطئين وأولادهما؛ كما إذا اشتبهت ذات محرم بأجنبية، وإن قلنا: تترك حتى تبلغ، فتنتسب إلى أحدهما بميل الطبع؛ ففي حلها لولد الآخر احتمالان ذكرهما صاحب «الترغيب» في الرضاع بلبن هذه المرأة.

(وأما حكم العدة)؛ فقال أكثر الأصحاب: إن ألحقت القافة الولد بأحدهما؛ انقضت به عدتها منه، ثم اعتدت للآخر، وإن ألحقته بهما؛ انقضت به عدتها منهما.

وفي «الانتصار» لأبي الخطاب: لا يمتنع على أصلنا أن نقول: تنقضي به عدة أحدهما لا بعينه، وتعتد للآخر فيما إذا ألحقته القافة بهما؛ كما لو وطئها رجلان بشبهة وجهل السابق.

وأما إن ضاع نسبه بأن لم توجد قافة، أو أشكل عليهم؛ ففي «الإقناع» لابن الزاغوني:

---

(١) «المغني» (٦/ ٢٧٦).

(٢) الحديث أخرجه البخاري (٢٥٩٣)، ومسلم (٢٤٤٥).

(٣) في قوله في سورة آل عمران الآية (٤٤): ﴿ذَٰلِكَ مِنْ أَنبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ ۚ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾.

وفي قوله في سورة الصافات (١٤١): ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾.

يضاف إلى أحدهما بالقرعة، وتنقضي به عدتها منه. قال: ويحتمل أن تستأنف العدة لهما؛ لأنه لا يعلم به البراءة من ماء أحدهما؛ حيث لم ينسب إلى واحد منهما.

وفي «المجرد» و«الفصول» و«المغني»[1]: يلزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء؛ لأنه إن كان من الأول؛ فقد أتت بما عليها من عدة الثاني، وإن كان من الثاني؛ فعليها أن تكمل عدة الأول ليسقط الفرض بيقين.

وأما حكم الميراث إذا تعذر إلحاق النسب بواحد منهما، ومات الولد؛ ففي «المجرد» في كتاب العدد قياس المذهب: إنه يقرع بينهما، فمن تقع عليه القرعة؛ حكم له بالميراث؛ كما قلنا: إذا طلق إحدى نسائه ومات، ثم قال: فإن كان للطفل أم ولأحد المتداعيين فيه ولدان، أو كان لها ولد ولأحدهما ولد؛ فيجوز أن يكون للميت أخوان، ويجوز أن لا يكون؛ فيحكم لها بالثلث، ولا تحجب بالشك.

قال الشيخ مجد الدين: وفي هذا عندي نظر من وجهين:

أحدهما: إن القرعة إنما تشرع عندنا إذا امتنع الجمع من الأمرين، وهنا يمكن أن يكون منهما عندنا.

والثاني: إن القاضي ذكر في «المجرد» في كتاب الفرائض أنه يوقف المشكوك فيه حتى يصطلح عليه، ثم العجب أنه جعل للأم هنا الثلث؛ حيث يشك؛ هل لها الثلث أو السدس؟ وكان ينبغي أن تعطى بمقتضى القرعة؟! انتهى.

وأقول: القرعة هنا أرجح من الإيقاف؛ لأن فيها فصلاً للأحكام، وأما احتمال كونه منهما؛ فهو بعيد جدّاً؛ فلا تعويل عليه، وإنما التعويل على العادة الغالبة، وأنه ابن لواحد منهما.

نعم، لو عولنا على هذا الاحتمال؛ لقسمنا إرثه بينهما بالسوية، وهو متوجه أيضاً، وأما دخول القرعة فيما تستحقه الأم من الثلث أو السدس؛ فغير ممكن، كما لا تدخل القرعة فيما يستحقه الخنثى من ميراث ذكر أو أنثى، ولا فيما يستحقه من له حاجب مفقود، ونحو ذلك.

---

(١) «المغني» (٧/ ٤٠٢-٤٠٣).

تنبيه:

هذا الكلام في إلحاق النسب ابتداءً بالقرعة، فأما إذا أقر بولد مبهم من أمة له، ثم مات ولم يبين، وتعذرت القافة؛ أقرعنا لأجل الحرية، فمن خرجت عليه القرعة؛ فهو حر، وهل يثبت نسبه بذلك؟

فيه خلاف سبق ذكره؛ لأن الحرية هنا مستندة إلى الإقرار والقرعة مرجحة.

ومنها: إن الغلام إذا بلغ سبع سنين؛ فإنه يخير بين أبيه وأمه في الحضانة على ظاهر المذهب، فإن لم يختر واحد منهما، أو اختارهما جميعاً؛ اقرع بينهما على المشهور، وفيه وجه: يعطى لأمه، وأما قبل السبع؛ فإذا استوى في استحقاق حضانته رجلان؛ كأخوين، أو امرأتان؛ كأختين؛ فإنه يعين أحدهما بالقرعة أيضاً.

ومنها: إذا استحق القود جماعة، وتشاحوا في مباشرة الاستيفاء؛ ففيه وجهان:

أشهرهما: إنه يقدم أحدهم بالقرعة.

والثاني: بتعيين الإمام. قاله ابن أبي موسى.

هذا إذا كان المقتول واحداً، فإن كانوا جماعة، وطلب ولي كل واحد منهم أن يقتص على الكمال؛ ففيه وجهان أيضاً:

أحدهما: إنه يقرع بينهم، فمن خرجت قرعته؛ أقيد به، ويجب للباقين الدية.

والثاني: يبدأ بالسابق في القتل؛ فيقاد به وتتعين الدية للباقين، فإن قتلهم دفعة واحدة؛ قدم من تخرج له القرعة.

ولم يذكر صاحب «المغني»[1] سوى هذا الوجه، وقال أبو الخطاب في «الانتصار»: يقتل للجميع، ويؤخذ من ماله بقية ديات الجميع تقسم بينهم، وحكى أن المنصوص عن أحمد: إنهم إذا طلبوا القتل؛ فليس لهم غيره، ويكونون قد أخذوا بعض حقوقهم وسقط بعضها، وبعده بأن

---

(١) «المغني» (٨/ ٢٤٤-٢٤٥).

القصاص لا يتبعض في الاستيفاء والإسقاط.

ومنها: إذا أعطينا الأمان لمشرك في حصن ليفتحه لنا ففعل، ثم اشتبه علينا، وادعى كل منهم أنه المستأمن؛ ففيه وجهان:

أحدهما -وهو المنصوص في «رواية ابن هانئ»-: إنه يحرم قتلهم واسترقاقهم جميعاً.

والثاني: يخرج أحدهم بالقرعة؛ فيكون حراً، ويرق الباقون.

وحكى ذلك عن أبي بكر والخرقي؛ لأن القرعة تميز الحر من العبد عند الاشتباه؛ ولو كان حر الأصل، كما لو أقر أن أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولده، ثم مات ولم يوجد قافة؛ فإنا نقرع بينهما للحرية؛ وإن كان حر الأصل.

ومن نصر الأول؛ قال: إرقاق الباقين هنا يؤدي إلى ابتداء الإرقاق مع الشك في إباحته، بخلاف من أعتق أحد عبيده واشتبه عليه؛ فإنه ليس فيه سوى استدامة الإرقاق مع الشك في زواله؛ فالاستدامة تبقيه على الأصل الذي لم يتحقق زواله، والابتداء نقل عن الأصل المتحقق مع الشك في إباحته.

نعم، لو كان المعطي للأمان امرأة، واشتبهت علينا؛ لتوجه جواز إرقاق النساء سوى واحدة بالقرعة؛ لأن النساء يصرن أرقاء بنفس السبي؛ فقد اشتبه ها هنا الرقيق بحر الأصل؛ فهي كمسألة الإقرار المشار إليها.

وكذلك لو أسلم واحد من حصن قبل فتحه، ثم فتحناه وادعى كلهم أنه المسلم؛ فإنه يخرج بالقرعة واحد؛ فلا يسترق، ويسترق الباقون لأنهم إنما أسلموا بعد القهر، وذلك يوجب استرقاقهم على المنصوص؛ فقد اشتبه ها هنا الحر بمن يثبت استرقاقه؛ فيميز بالقرعة، وجعل أصحابنا حكم هذه المسألة حكم مسالة دعوى الأمان في جريان الخلاف فيها.

ومنها: إذا ضمنا مالاً لمن يفتح الحصن، فادعى اثنان كل منهما أنه الذي فتحه دون الآخر؛ فقال أبو بكر في «التنبيه»: فيه قولان:

أحدهما: إن المال بينهما جميعاً؛ لأنهما فيه سواء بدعواهما له.

والآخر: يقرع بينهما، فمن أصابته القرعة؛ كان المال له.

ومنها: إذا قسم خمس الغنيمة؛ فإنه يجزأ خمسة أقسام بالسوية؛ سهم لله وللرسول، وسهم لذوي القربى، وسهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل، ثم تقرع بينهما برقاع يكتب فيها أسهام كل سهم من هذه السهام، فمن خرج له سهم؛ فهو له من غير تخير، وكذلك الفيء إذا قلنا: إنه يخمس. ذكره أبو حفص العكبري، حكاه عنه الآمدي، وذكر في ذلك آثاراً عن عثمان وعلي وغيرهما[1] من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين.

ومنها: لو حلف بيمين ولم يدر أي الأيمان هي؛ فالمنصوص عن أحمد أنه لا يلزمه شيء، قال في «رواية ابن منصور» في رجل حلف بيمين لا يدري ما هي: طلاق أو غيره؛ قال: لا يجب عليه الطلاق حتى يعلم أو يستيقن. وظاهره أنه لا يلزمه شيء من موجبات الأيمان كلها؛ لأن الأصل براءة الذمة من موجب كل يمين بانفرادها.

وتوقف أحمد في رواية أخرى، قال صالح[2]: سألت أبي عن رجل حلف على يمين لا يدري بما حلف؛ بالله أو بالطلاق أو بالمشي؟ قال: لو عرف اجترأت أن أجيب فيها؛ فكيف إذا لم يدر؟!

وفي المسألة قولان آخران:

أحدهما: إنه يقرع بين الأيمان كلها؛ من الطلاق والعتاق والظهار واليمين بالله؛ فما خرج بالقرعة؛ لزمه مقتضاه، وهو بعيد؛ لما يتضمنه من إيقاع الطلاق والعتاق بالشك، ولكنه احتمال ذكره ابن عقيل في «فنونه». وذكر القاضي في بعض تعاليقه أنه استفتي في هذه المسألة، فتوقف فيها، ثم نظر؛ فإذا قياس المذهب أنه يقرع بين الأيمان كلها؛ الطلاق والعتاق والظهار واليمين بالله تعالى، فأي يمين وقعت عليها القرعة؛ فهي المحلوف عليها. قال: ثم وجدت عن أحمد ما يقتضي أنه لا يلزمه حكم هذه اليمين. وذكر «رواية ابن منصور» المتقدمة.

---

(١) أما عن عثمان فرواه ابن أبي شيبة.
وأما عن علي فرواه عبدالله بن أحمد في «زوائد فضائل الصحابة» (٩١٣)، و البيهقي (٦/ ٣٤٨-٣٤٩).

(٢) مسائل أحمد برواية ابنه صالح (١/ ٣٠٠).

وحكاه في موضع آخر منها عن القاضي: إنه كان يجيب بذلك قبل وقوفه على «رواية ابن منصور» المذكورة.

والثاني: إنه يلزمه كفارة كل يمين؛ لأنه يتيقن وجوب أحدهما وشك في عينه، ذكره ابن عقيل في «فنونه» أيضاً، وهو متجه فيما إذا علم أنها إحدى الأيمان المكفرة، وأما إن شك هل هي مما يدخله التكفير أو لا؛ فلا يزول شكه بالتكفير المذكور.

وفي «مسائل إبراهيم الحربي»: سمعت رجلاً يسأل أحمد بن حنبل عن يمين حلفها، فقال له أحمد: كيف حلفت؟ فقال له الرجل: لا أدري كيف حلفت؟ فقال أحمد: حدثنا يحيى بن آدم؛ قال: قال رجل لشريك: حلفت ولست أدري كيف حلفت؟ فقال له شريك: ليتني إذا دريتَ أنت كيف حلفتَ دريتُ أنا كيف أُفتيك! انتهى.

وهذه الرواية يحتمل أن يكون المراد أنه لم يدر بماذا حلف؛ فيكون كرواية صالح السابقة، ويحتمل أنه لم يدر ما حلف عليه؛ مثل أن يعلم أنه حلف بالطلاق مثلاً أنه يفعل شيئاً، ثم نسي ما حلف عليه؛ فهنا قد شك في شرط الطلاق، وهو عدمي؛ فلا يلزمه الطلاق على المذهب عند صاحب «المحرر»[1].

وفيه وجه: يحنث في آخر أوقات الإمكان؛ لأن الأصل وجود ما علق عليه، وهو العدم، وإن حلف بالطلاق لا يفعل كذا؛ فهنا شرط الطلاق وجودي، وهو الفعل؛ فلا يقع الطلاق بالشك في وجوده.

وأفتى الشيخ تقي الدين[2] فيمن حلف ليفعلن شيئاً ثم نسيه أنه لا يحنث؛ لأنه عاجز عن البر، وهو يرجع إلى الوجه المذكور في الصورة الأولى.

ومنها: إذا تناضل حزبان واقتسموا الرجال بالاختيار، واختلفوا في البادي بالاختيار من كل حزب؛ أقرع بينهم لذلك، وكذلك إذا اختلف الرماة في المبتدئ بالرمي وتشاحوا؛ أقرع بينهم

---

(١) «المحرر» (٢/ ٨١).

(٢) «الاختيارات» (٢٧٢).

في قياس المذهب، قاله الآمدي، واختار القاضي أنه يقدم من أخرج السبق، فإن لم يكن أقرع بينهم، واختار صاحب «الترغيب» أنه لا يصح عقد المناضلة حتى يعين فيه المبتدئ بالرمي.

ومنها: إذا استوى اثنان من أهل الفيء في درجة؛ ففي «المجرد»: يُقدَّمُ أسنُّهما، ثم أقدمهما هجرة، وفي «الأحكام السلطانية»[1]: يقدم بالسابقة في الإسلام، ثم بالدين، ثم بالسن، ثم بالشجاعة، ثم ولي الأمير مخير: إن شاء أقرع بينهما، وإن شاء رتبهما على رأيه واجتهاده.

ومنها: إذا تنازع الإمامة العظمى اثنان وتكافئا في صفات الترجيح؛ قدم أحدهما بالقرعة، قال القاضي[2]: هذا قياس المذهب؛ كالأذان.

ومنها: لو عقدت الإمامة لاثنين في عقدين مترتبين، وجهل السابق منهما؛ فقال القاضي[3]: يخرج على روايتين:

إحداهما: بطلان العقد فيهما.

والثانية: استعمال القرعة بناءً على ما إذا زوج الوليان وجهل السابق منهما؛ فإنه على روايتين، كذلك هنا. انتهى.

ولكن المشهور في حكاية الرواية الأولى في كتب القاضي وأصحابه: إنه يفسخ النكاحان، وقياس هذا أن يفسخ العقدان لا أنهما يبطلان من غير فسخ.

ومنها: إذا ولى الإمام قاضيين في بلد عملاً واحداً، وقلنا بصحة ذلك، فاختلف الخصمان فيمن يحتكمان إليه؛ فالقول قول المدعي، فإن تساويا في الدعوى؛ اعتبر أقرب الحاكمين إليهما، فإن استويا؛ أقرع بينهما، وقيل: يمنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما، قال القاضي: والأول أشبه بقولنا.

ومنها: إذا هجم الخصوم على القاضي دفعة واحدة، وتشاحوا في التقدم، وليس فيهم

---

(١) «الأحكام السلطانية» (٢٤-٢٥).

(٢) «الأحكام السلطانية» (٢٤-٢٥).

(٣) «الأحكام السلطانية» (٢٥).

مسافر؛ فإنه يقدم أحدهم بالقرعة، وكذلك إذا ادعى الخصمان عنده معاً؛ فإنه يقدم أحدهما بالقرعة.

ومنها: القرعة في القسمة، إذا عدل القاسم السهام بالأجزاء إن تساوت وبالقيمة إن اختلفت وبالرد فيم يقتضي الرد؛ فإنه يقرع بين الشركاء، وهو مخير: إن شاء كتب اسم كل واحد منهم في رقعة، ثم تخلط الرقاع ويخرج على كل سهم رقعة منها، وإن شاء كتب اسم كل سهم في رقعة، ثم خلطها وأخرج واحدة واحدة منها على اسم واحد واحد من الشركاء، فإذا تمت القرعة؛ لزمت القسمة للشركاء.

وفيه وجه: لا يلزم فيما فيه رد حتى يتراضيا به بعد القسمة؛ لأنها بيع، إذا دخلها الرد؛ فيشترط لها التراضي.

ومنها: إذا تداعى اثنان عيناً بيد ثالث، فأقر بها لأحدهما مبهماً وقال: لا أعلم عينه؛ فإنه يقرع بينهما، فمن قرع؛ فهي له، وهل يحلف؟

على وجهين ذكرهما أبو بكر، والمنصوص عن أحمد أن عليه اليمين، وعليه حمل حديث أبي هريرة: «إذا أحب الرجلان اليمين أو كرهاها؛ فليستهما عليها»[1]، لكنه قال: إذا كرها اليمين وخرجت القرعة لأحدهما؛ فهي له بغير يمين، ولا فرق بين أن يكون وديعة أو عارية أو رهناً أو بيعاً مردوداً بعيب أو خيار أو غيرهما، نص عليه في المردود في «رواية ابن منصور»[2].

وإن قال من هي في يده: ليست لي، ولا أعلم لمن هي؛ ففيها ثلاثة أوجه:

أحدها: يقترعان عليها، كما لو أقر بها لأحدهما مبهماً.

والثاني: تجعل عند أمين الحاكم.

والثالث: تقر في يد من هي في يده.

---

(1) الحديث رواه البخاري (٢٦٧٤).

(2) مسائل أحمد لابن منصور (٤٦٥).

والأول ظاهر كلام الإمام أحمد في «رواية صالح»[1] وأبي طالب وأبي النضر وغيرهم، والوجهان الآخران مخرجان من مسألة من في يده شيء معترف بأنه ليس له، ولا يعرف مالكه، فادعاه معين؛ فهل يدفع إليه أم لا؟ وهل يقر بيد من هو في يده، أم ينزعه الحاكم؟

فيه خلاف معروف.

ومنها: إذا تداعا اثنان عيناً ليست في يد أحدهما؛ ففيها وجهان:

أحدهما: تقسم بينهما؛ كالتي بأيديهما.

والثاني: يقرع بينهما؛ فتعطى لمن قرع؛ كما لو كانت بيد ثالث، وهو ظاهر كلام أحمد في «رواية صالح»[2] في اثنين تداعيا كيساً ليست أيديهما عليه: إنهما يستهمان عليه، فمن خرج سهمه؛ فهو له مع يمينه، ولم يفرق بين أن يكون في يد غيرهما، أو لا يكون في يد أحد.

ومنها: إذا تعارضت البينتان؛ ففي المسألة ثلاث روايات:

إحداهن: يسقطان بالتعارض، ويصيران كمن لا بينة لهما.

والثانية: تستعملان بقسمة العين بينهما بغير يمين.

والثالثة: ترجح إحداهما بالقرعة، فمن قرع؛ حلف وأخذ العين.

هكذا حكى القاضي في «بعض كتبه» هذه الرواية، وتبعه عليها كثير من الأصحاب، وأنكرها في كتاب «المجرد» و «الخلاف»، وقال: إنما معناها أن البينتين يسقطان بالتعارض، وتصير العين في يد غير المتداعيين؛ فيقرع بينهما على ما تقدم.

وصرح أحمد بهذا المعنى في «رواية حنبل»؛ فقال: لو أقاما البينة جميعاً؛ أسقطت البينتين جميعاً؛ لأن كل واحد منهما قد أكذبت صاحبتها، ويستهمان على اليمين.

---

(١) مسائل أحمد لابنه صالح (٢/ ٢٧٥-٢٧٦).

(٢) مسائل أحمد لابنه صالح (١/ ٢١٨-٢٢٠).

وحكى ابن شهاب في «عيون المسائل»[1] رواية أخرى: إنه يوقف الأمر حتى يتبين أن يصطلحا عليه، ولو كانت العين المتنازع فيها بيد أحدهما؛ فلا تعارض، بل تقدم بينة الخارج في أشهر الروايتين، وفي الأخرى بينة الداخل؛ إلا أن يكون التنازع في سبب اليد بأن يدعي كل منهما أنه اشتراها من زيد أو إتهبها منه، ويقيم بذلك بينة؛ ففيه روايتان:

إحداهما: إنه كبينة الداخل والخارج على ما سبق، وهي المذهب عند القاضي.

والثانية: يتعارضان؛ لأن سبب اليد هو نفس المتنازع فيه؛ فلا تبقى مؤثرة لأنهما اتفقا على أن ملك هذه الدار لزيد، وعنه هو متلقى؛ فلذلك لم يبق لليد تأثير لأنه قد علم مستندها، وهو الشراء الذي عورض بمثله، وهذه الرواية اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وصاحب «المحرر»[2].

واختار أبو بكر وابن أبي موسى ها هنا: إنه يرجح بالقرعة، ونص عليه أحمد في «رواية ابن منصور»[3] في رجل باع ثوباً، فجاء رجل، فأقام البينة أنه اشتراه بمئة، وأقام الآخر البينة أنه اشتراه بمئتين، والبائع يقول: بعته بمئتين، والثوب في يد البائع بعد؛ قال: ليس قول البائع بشيء، يقرع بينهما، فمن أصابته القرعة؛ فهو له بالذي ادعى أنه اشتراه به. قلت: فإن كان الثوب في يد أحدهما، ولا يدرى أيهما اشتراه أول؟ قال: لا ينفعه ما في يديه، إذا كان مقراً أنه اشتراه من فلان؛ فلا ينفعه ما في يديه.

والعجب أن القاضي في «المجرد» حكى هذا النص عن أحمد، وذكر أنه أجاب بقسمة الثوب بينهما نصفين، ثم تأوله على أنه كان في أيديهما، وإنما أجاب أحمد فيه بالقرعة كما ذكرناه، وإنما المجيب بالقسمة سفيان الثوري؛ فإن إسحاق ابن منصور يذكر لأحمد أولاً المسألة وجواب سفيان فيها، فيجيبه أحمد عنها بعد ذلك بالموافقة أو بالمخالفة، فربما يشتبه جواب أحمد بجواب سفيان، وقد وقع ذلك للقاضي كثيراً؛ فلينبه لذلك، وليراجع كلام أحمد من أصل «مسائل ابن منصور».

---

(١) قال ابن رجب في «ذيل الطبقات»: (هو أبوعلي بن شهاب العكبري صاحب كتاب «عيون المسائل» متأخر.. ما وقعت له على ترجمة..) ا.هـ

(٢) «المحرر» (٢٣٢).

(٣) مسائل أحمد لابن منصور (٤٣٩).

ووقع في «الإرشاد» لابن أبي موسى[1] في هذه المسألة كما وقع للقاضي؛ فإنه نقل عن أحمد: إنه إذا كان الثوب في يد البائع؛ فهو بينهما نصفين، وإن كان في يد أحدهما؛ أقرع بينهما، وهو وهم أيضاً.

وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله[2] أن مقتضى المذهب أنه إذا شهدت البينتان بالعقدين أو الإقرارين أو الحكمين؛ أن يصدق البينتان، ثم إن علم السابق، وإلا؛ كان بمنزلة أن تشهد بينة واحدة بالعقدين ولا يعلم السابق منهما؛ فهنا إما أن يقرع، أو يبطل العقدان؛ فلا يبقى هنا عقد صحيح يحكم به؛ فيقر في يد ذي اليد، وتكون الدعوى حينئذ لمن انتقل عنه على صاحب اليد. قال: وقياس المذهب فيما إذا اشتبه أسبق عقدي البيع: أن يفسخهما؛ إلا أن يتعذر موجب الفسخ من رد الثمن ونحوه؛ فإنا نقرع لأن من أصلنا أنه إذا اشتبه المالك بغير المالك أو الملك بغير الملك؛ فإنا نقرع، فإذا أمكن فسخ العقد ورد كل مال إلى صاحبه؛ فهو خير من حظر القرعة.

ومنها: الإقراع في العتق، وهو أشهر ما وردت فيه السُّنة بالإقراع فيه، ويندرج تحته صور كثيرة:

فمنها: إذا أعتق في مرضه عبيده أو دبرهم، ولم يخرجوا من ثلثه؛ فإنه يقرع بينهم، فيعتق منهم بقدر الثلث، نص عليه أحمد في رواية جماعة، قال القاضي: ويكون العتق مراعاً، فإن مات ولم يجز الورثة؛ تبينا أن الحر منهم اثنان مثلاً، وأن العتق كان واقعاً عليهما دون غيرهما، ولكنهما كانا غير معينين، وإنما تميزا وتعينا بالقرعة؛ كما تتميز وتتعين الحقوق المشتركة في العقار وغيره بالإقراع في القسمة وغيرها.

ويستثنى من هذا صور لا إقراع فيها ذكرها الأصحاب:

أحدها: إذا كان عتق أحد العبدين مرتباً على الآخر، بأن قال: إن أعتقت سالماً؛ فغانم حر؛ فإنه يعتق سالم وحده إذا أعتقه، ولا يقرع؛ لأن القرعة قد تفضي إلى عتق غانم وحده؛ فيلزم منه

---

(١) «الأرشاد» من كتب الشريف محمد بن أحمد بن أبي موسى أبوعلي الهاشمي (ت٤٢٨هـ) المفقودة.
(٢) «الاختيارات» (٣٦٨-٣٧٠).

ثبوت المشروط بدون شرطه.

والثانية: إذا قال في مرضه: أعتقوا سالماً إن خرج من الثلث، وإلا؛ فاعتقوا منه ما عتق، وقال أيضاً: أعتقوا غانماً إن خرج من الثلث، وإلا؛ فأعتقوا منه ما عتق. قال الأصحاب: يعتق من كل واحد نصفه مع تساوي قيمتهما؛ لأنه لم يقصد بالوصية تكميل الحرية في كل واحد؛ فلم يقرع؛ كما لو قال: أعتقوا نصف سالم، وإلا؛ فنصف غانم.

والثالثة: لو أعتق أمة حاملاً في مرض موته، ولم يتسع الثلث لها ولحملها؛ قالوا: لا يجوز الإقراع؛ لأن الحمل تبع لأمه وجزء منها؛ فلا يجوز إفراده بالعتق دونها، والقرعة قد تفضي إلى ذلك ولا أن تعتق هي دون حملها إذا استوعبت قيمتها الثلث؛ لأن الولد تبع لها، وعتقه ملازم لعتقها؛ فلا يمكن أن يعتق منها شيء ولا يعتق منه مثله؛ فيتعين أن يعتق منها ومن حملها بالحصة.

وذهب أبو علي بن أبي موسى إلى أن الإقراع إنما يدخل حيث كان العتق لمبهم غير معين وتشاح العبيد فيه، فأما إن كان لمعين؛ فلا إقراع، وكذا إن لم يتشاح فيه العبيد، وحكي عن أبي بكر في «خلافه» ما يوافق ذلك؛ فعلى هذا إذا وصى بعتق عبيده ولم يجز الورثة؛ أعتقوا منهم بمقدار الثلث، فإن تشاح العبيد في العتق؛ أقرع بينهم؛ فعتق من وقع عليه سهم الحرية منهم، وكذلك لو دبرهم، ذكره ابن أبي موسى، وذكر هو وأبو بكر فيما إذا شهدت بينة على مريض أنه أعتق عبده هذا، وشهدت أخرى أنه أعتق عبده هذا: إنه يجب العتق لهما، ويتحاص فيه العبدان. قال أبو بكر: لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما حرّاً والآخر عبداً. يعني: إذا كان العتق لواحد لا للجميع.

وهذا مناقض لما ذكره ابن أبي موسى في تدبيرهم كلهم؛ إلا أن نقول: تدبيرهم يقع موقوفاً مراعاً؛ كعتقهم المنجز في مرضه، فيعتق منهم من عدم الإجازة قدر الثلث، وهو مبهم؛ فيميز بالقرعة، بخلاف ما إذا أعتق عبدين معينين وهو ضعيف؛ فإنه لا فرق بين أن يكون العبيد جميع ماله أو نصفه مثلاً؛ إذ لا بد من الرد إلى الثلث.

وقد نقل ابن منصور عن أحمد فيمن قال في مرضه: أعتقوا عني أحد عبدي هذين: إنه يعتق أحدهما، فإن تشاحا في العتق؛ يقرع بينهما، وإنما قال: يعتق أحدهما ابتداءً؛ لأنها وصية؛

فالواجب فيها ما يصدق عليه الاسم؛ كما لو وصى بأحدهما لزيد.

ومنها: لو أعتق أحد عبديه؛ فإنه يعين بالقرعة.

ويتخرج وجه آخر: إنه يعينه بتعيينه من الرواية السابقة في الطلاق، ولو أعتق عبداً من عبيده، ثم أنسيه أو جهله ابتداءً؛ كمسألة الطائر المشهورة؛ فإنه يخرج بالقرعة أيضاً.

ويتخرج وجه آخر: إنه لا يقرع ها هنا من الطلاق، وأشار إليه بعض الأصحاب، لكن قياس الرواية المذكورة في الطلاق أنه يقرع، فمن خرجت له القرعة؛ عتق، ويستدام الملك في غيره؛ إلا أنه لا يستباح وطئ شيء منهن إذا كن إماء، ولو قال رجل: إن كان هذا الطائر غراباً؛ فعبدي حر، وقال آخر: إن لم يكن غراباً؛ فعبدي حر، وجهل أمره؛ فالمشهور أنه لا يعتق واحد من العبدين، فإن اشترى أحد المالكين عبد الآخر؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يعتق ما اشتراه؛ لأن استدامته لاسترقاق عبده إقراراً منه بأن عبد صاحبه هو الذي عتق، فإذا اشتراه؛ نفذ إقراره على نفسه، فعتق عليه.

والثاني: إنه يعتق أحدهما غير معين، ثم يميز بالقرعة، وهو أصح؛ لأن تمسكه بعبده إنما كان استصحاباً للأصل لا غير.

وأما الولاء؛ فعلى الوجه الأول: هو موقوف حتى يتصادقا على أمر يتفقان عليه، وعلى الثاني: إن وقعت الحرية على المشتري؛ فكذلك، وإن وقعت على عبده؛ فولاؤه له، ويتوجه أن يقال: يقرع بينهما، فمن قرع؛ فالولاء له كما تقدم مثل ذلك في الولد الذي يدعيه أبوان، وأولى؛ لأنه ها هنا إنما عتق على واحد غير معين، وهناك يمكن أن يكون الولد لهما، وكذلك يقال: لو كان عبد بين شريكين موسرين، فقال **أحدهما**: إن كان الطائر غراباً؛ فنصيبي حر، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً؛ فنصيبي حر؛ فإن العبد عتق على أحدهما، وهو غير معلوم، فيميز بالقرعة، ويكون له الولاء.

ومنها: لو قال لأمته: أول ما تلدينه حر، فولدت ولدين، واشتبه أولهما خروجاً، فإنه يميز بالقرعة، نص عليه؛ لأن العتق وقع على معين وجهل ابتداءً، ولو قال: أول غلام لي يطلع؛ فهو حر، فطلع عبيده كلهم، أو قال لزوجاته: أيتكن طلع، أولاً؛ فهي طالق. فطلعن كلهن؛ فنص

أحمد على أنه يميز واحد من العبيد وامرأة من الزوجات بالقرعة في «رواية مُهَنَّا».

واختلف الأصحاب في هذا النص؛ فمنهم من حمله على أن اطلاعهم كان مرتباً واشكل السابق منهم؛ فيميز بالقرعة؛ كمسألة الولادة، ومنهم من أقر النص على ظاهره، وأنهم طلعوا دفعة واحدة، وقال: صفة الأولية شاملة لكل واحد منهم بانفراده، والمعتق إنما أراد عتق واحد منهم؛ فميز بالقرعة، وهي طريقة القاضي في «خلافه»، ومن الأصحاب من قال: يعتق ويطلق الجميع؛ لأن الأولية صفة لكل واحد منهم، ولفظه صالح للعموم؛ لأنه مفرد مضاف، أو يقال: الأولية صفة للمجموع لا للأفراد، وهو الذي ذكره صاحب «المغني»[1] في الطلاق، ومنهم من قال: لا تطلق، ولا يعتق شيء منهم؛ لأن الأول لا يكون إلا فرداً لا تعدد فيه، والفردية منتفية هنا، وهو الذي ذكره القاضي وابن عقيل في الطلاق والسامري وصاحب «الكافي».

ويتخرج وجه آخر، وهو أنه إن طلع بعدهم غيرهم من عبيده وزوجته؛ طلقن وعتقن، وإلا؛ فلا بناءً على أن الأول هو السابق لغيره؛ فلا يكون أولاً حتى يأتي بعده غيره؛ فيتحقق بذلك له صفة الأولية؛ وهو وجه لنا ذكره ابن عقيل وغيره.

وقريب من هذه المسألة ما ذكره ابن أبي موسى في كتاب العتق؛ فقال: واختلف قوله في الرجل يقول لعبيده. أيكم جاءني بخبر كذا؛ فهو حر، فأتى بذلك الخبر اثنان معاً أو أكثر؛ على روايتين، قال في إحداهما: قد عتق واحد منهم، فيقرع بينهم، فمن قرع صاحبه؛ فقد عتق، وقال في الأخرى: فقد عتقا جميعاً. انتهى.

فأما وجه عتقهما جميعاً؛ فظاهر؛ لأن أيّاً من صيغ العموم، وأما وجه عتق أحدهما بالقرعة؛ فهو أن المتبادر إلى الأفهام من هذا التعليق الخصوص، وأنه إنما أريد به عتق واحد يجيء بالخبر؛ فيصير عموم هذا اللفظ عموم بدلية لا عموم شمول؛ فلا يعتق به أكثر من واحد، فإذا اجتمع اثنان على الإتيان بالخبر؛ أعتق أحدهما بالقرعة، وليس هذا كما لو قال لزوجاته: أيتكن خرجت؛ فهي طالق، فإذا خرجن جميعاً طلقن؛ لأن الخروج بالنسبة إلى الجميع سواء.

---

(١) «المغني» (٧/ ٣٦١).

وأما الإخبار؛ فالمقصود منه يحصل من أحد المخبرين؛ فلا حاجة إلى الآخر، ولهذا قلنا على أحد الوجوه -وهو قول القاضي-: إنه لو قال لزوجاته: من أخبرني منكن بكذا؛ فهي طالق، فأخبرته متفرقات؛ أنه لا يطلق منهن إلا الأولى؛ لأن مقصوده من الإخبار - وهو الإعلام - حاصل لها، ولهذا لو قال: من دخل داري؛ فله درهم، فدخل جماعة؛ فلكل واحد منهم درهم، ولو قال: من جاءني؛ فله درهم، فجاءه جماعة؛ فلهم درهم واحد بينهم، ذكره القاضي في كتاب «أحكام القرآن»؛ قال: لأن الشرط وجد من الجماعة وجوداً واحداً، بخلاف دخول الدار؛ فإن كل واحد منهم وجد منه دخول كامل، ولو قال رجل: من سبق؛ فله كذا، فسبق اثنان معاً؛ ففيه وجهان:

أحدهما: السبق المذكور بينهما؛ كما لو قال: من رد ضالتي؛ فله كذا فردها جماعة.

والثاني: لكل منهم سبق كامل؛ لأنه سابق بانفراده.

وحاصل الأمر في هذا الباب أن المعلق عليه تارة يكون شيئاً واحداً لا تعدد فيه؛ كرد الآبق ونحوه؛ فلا يتعدد المشروط بتعدد المحصلين له؛ لأنهم اشتركوا في تحصيل شيء واحد، فاشتركوا في استحقاق المرتب عليه وتارة يكون قابلاً للتعدد، وهو نوعان:

أحدهما: ما يكون التعدد فيه مقصوداً؛ كدخول الدار ونحوه؛ فيتعدد الاستحقاق على الصحيح؛ كما إذا قال: من دخل داري؛ فهو حر، أو فله درهم، أو فهي طالق، وكذلك تجيء على هذا إذا قال: من جاءني؛ فله درهم؛ لأن تعدد الآتين مطلوب، بخلاف ما ذكره القاضي.

ومسألة السبق قد يقال: هي من هذا النوع، وقد يقال: السبق إنما حصل من المجموع لا من كل فرد منهم؛ إذ كل فرد منهم ليس بسابق للباقين، بل هو سابق لمن تأخر عنه ومساوٍ لمن جاء معه؛ فالمتصف بالسبق هو المجموع، لا كل فرد منهم؛ فلذلك استحقوا جعلاً واحداً، وهذا أظهر.

والنوع الثاني: ما لا يكون التعدد فيه مقصوداً، كالإتيان بالخبر؛ فهل يشترك الآتون به في الاستحقاق، أم يختص به واحد منهم ويميز بالقرعة؟

فيه الخلاف الذي ذكره ابن أبي موسى، والذي نقله صالح عن أحمد أنه يعتق الجميع، ونقل حنبل أنه يعتق واحد منهم بالقرعة، وحمل أبو بكر «رواية صالح» على أنه أراد العموم،

و«رواية حنبل» على أنه أراد واحداً غير معين، وما ذكرناهُ أشبه.

وعلى هذا يتخرج مسألة: أولكن يطلع علي؛ إذا قيل: إن الأولية صفة لكل واحد من المجتمعين؛ لأن هذا التعليق لم يقصد به إلا واحداً غير معين، لم يرد به الجميع، وأما إن قيل: الأولية صفة للمجموع؛ توجه وقوع العتق والطلاق على الكل.

ومنها: لو اشتبه عبده بعبيد غيره؛ قال القاضي: قياس المذهب أنه يعتق عبده الذي يملكه عن واجب وغيره، ثم يقرع بينهم؛ فيخرج عبده بالقرعة، ولو اشتبهت زوجته بأجانب، فطلقها؛ فله إخراجها بالقرعة، ونكاح البواقي على قياس ما ذكره الأصحاب فيمن أسلم على أكثر من أربع، فطلق الجميع ثلاثاً: إنه يخرج أربعاً بالقرعة، ثم ينكح البواقي، ولو اشتبهت أخته بأجنبيات؛ فقال القاضي في «خلافه»: لا يمتنع التمييز بالقرعة؛ كما لو زوج إحدى بناته برجل واشتبهت فيهن؛ فإنها تميز بالقرعة على المنصوص.

وفي «عمد الأدلة» لابن عقيل: لو اختلط عبده بأحرار؛ لم يقرع، ولو اختلط من أعتقه وله عتقه ومن لا يملك عتقه إلا بإجازة؛ جاز أن يقرع بينهما لأن القرعة لا تعمل في آكد التحريمين، وتعمل في أيسرهما، والله أعلم.

كملت القواعد.

فصل

وهذه فوائد تلحق بالقواعد وهي فوائد مسائل مشتهرة فيها اختلاف في المذهب، ينبني على الاختلاف فيها فوائد متعددة:

الأولى: فمن ذلك ما يدركه المسبوق في الصلاة؛ هل هو آخر صلاته أو أولها؟

وفي هذه المسألة روايتان عن الإمام أحمد:

إحداهما: إن ما يدركه آخر صلاته وما يقضيه أولها، وهي فتلغى هذه الفائدة.

والثانية: عكسها.

ولهذا الاختلاف فوائد:

١-**إحداها:** محل الاستفتاح؛ فعلى الأولى يستفتح في أول ركعة يقضيها؛ إذ هي أول صلاته، نقلها حرب، وفي «شرح المذهب» للقاضي: لا يشرع الاستفتاح فيها؛ لفوات محله، وعلى الثانية يستفتح في أول ركعة أدركها؛ لأنها أولته، نقلها ابن أصرم.

-**الفائدة الثانية:** التعوذ؛ فعلى الأولى يتعوذ إذا قام للقضاء خاصة، وعلى الثانية يتعوذ في أول ركعة يدركها، وهذا بناءً على قولنا: إن التعوذ يختص بأول ركعة، فأما على قولنا: هو مشروع في كل ركعة؛ فتلغى هذه الفائدة.

-**والفائدة الثالثة:** هيئة القراءة في الجهر والإخفات، فإذا فاته الركعتان الأولتان من المغرب أو العشاء؛ جهر في قضائهما من غير كراهة، نص عليه في «رواية الأثرم»، وإن أم فيهما وقلنا بجوازه؛ سن له الجهر، وهذا على الرواية الأولى، وعلى الثانية لا جهر ها هنا.

-**الفائدة الرابعة:** مقدار القراءة، وللأصحاب في ذلك طريقان:

أحدهما: إنه إذا أدرك ركعتين من الرباعية؛ فإنه يقرأ في المقضيتين بالحمد لله وسورة معها على كلا الروايتين، قال ابن أبي موسى: لا يختلف قوله في ذلك، وذكر الخلال أن قوله استقر على ذلك، وفي «المغني»: هو قول الأئمة الأربعة لا نعلم عنهم فيه خلافاً.

والطريق الثاني: بناؤه على الروايتين، فإن قلنا: ما يقضيه أول صلاته؛ فكذلك، وإلا؛ اقتصر فيه على الفاتحة، وهي طريقة القاضي ومن بعده، وذكره ابن أبي موسى تخريجاً.

وقد نص عليه أحمد في «رواية الأثرم»، وأومأ إليه في «رواية حرب» وغيره، وأنكر صاحب «المحرر»[1] الطريقة الأولى، وقال: لا يتوجه إلا على رأي من يرى قراءة السورة في كل ركعة أو على رأي من يرى قراءة السورة في الآخرتين إذا نسيهما في الأولتين.

قلت: وقد أشار أحمد إلى مأخذ ثالث، وهو الاحتياط؛ للتردد فيهما، وقراءة السورة سنة مؤكدة؛ فيختلط لها أكثر من الاستفتاح والاستعاذة، ولو أدرك من الرباعية ركعة واحدة، فإن قلنا: ما يقضيه أولى صلاته؛ قرأ في الأولتين من الثلاثة بالحمد وسورة، وفي الثالثة بالحمد وحدها. ونقل عنه الميموني: يحتاط، ويقرأ في الثلاث بالحمد وسورة. قال الخلال: رجع عنها أحمد.

-**الفائدة الخامسة**: قنوت الوتر إذا أدركه المسبوق مع من يصلي الوتر بسلام واحد؛ فإنه يقع في محله ولا يعيده إن قلنا: ما يدركه آخر صلاته، وإن قلنا: أولها؛ أعاده في آخر ركعة يقضيها.

-**الفائدة السادسة**: تكبيرات العيد الزوائد، إذا أدرك المسبوق الركعة الثانية من العيد، فإن قلنا: هي أول صلاته؛ كبر خمساً في المقضية، وإلا؛ كبر سبعاً.

-**الفائدة السابعة**: إذا سبق ببعض تكبيرات صلاة الجنازة، فإن قلنا: ما يدركه آخر صلاته؛ تابع الإمام في الذكر الذي هو فيه، ثم قرأ في أول تكبيرة يقضيها، وإن قلنا:ما يدركه أول صلاته؛ قرأ فيها بالفاتحة.

-**الفائدة الثامنة**: محل التشهد الأول في حق من أدرك من المغرب أو الرباعية ركعة، وفي المسألة روايتان:

إحداهما: يتشهد عقيب قضاء ركعة.

---

(١) «المحرر» (١/ ٩٦-٩٧).

والثانية: عقيب ركعتين، نقلها حرب.

والأولى اختيار أبي بكر والقاضي، وذكر الخلال أن الروايات استقرت عليها واختلف في بناء الروايتين؛ فقيل على الروايتين في أصل المسألة: إن قلنا: ما يقضيه أول صلاته؛ لم يجلس إلا عقيب ركعتين، وإن قلنا: هو آخرها؛ تشهد عقيب ركعة لأنها ثانيته، وهذه طريقة ابن عقيل في موضع من «فصوله»، وأومأ إليها أحمد في «رواية حرب»، وقيل: بل الروايتان على قولنا: ما يدركه آخر صلاته، وهي طريقة صاحب «المحرر»[1] وغيره، ونص أحمد على ذلك صريحاً في «رواية عبدالله»[2] والبُراثي، مفرقاً بين القراءة والتشهد، وعلل في «رواية عبد الله» بأنه احتياط بالجمع من مذهب ابن مسعود في الجلوس عقيب ركعة[3]، ومذهب ابن عمر[4] في القراءة في الركعتين.

وقد صح عن ابن مسعود: إنه يجلس عقيب ركعة مع قوله: إن «ما أدركه مع الإمام آخر صلاته» نقله عنه أحمد[5]، وزعم صاحب «المغني» أن الكل جائز، ويرده ما نقله مُهَنَّا عن أحمد: إنه إذا جلس عقيب ركعتين؛ يسجد للسهو؛ فجعله كتارك التشهد الأول.

ومما يحسن تخريجه على هذا الخلاف ولم نجده منقولاً: تطويل الركعة الأولى على الثانية، وترتيب السورتين في الركعتين، فأما رفع اليدين إذا قام من التشهد الأول، إذا قلنا باستحبابه؛ فيحتمل أن يرفع إذا قام إلى الركعة المحكوم بأنها ثالثة، سواء قام عن تشهد أو غيره، ويحتمل أن يرفع إذا قام من تشهده الأول المعتد به، سواء كان عقيب الثانية أو لم يكن؛ لأن محل هذا الرفع هو القيام من هذا التشهد؛ فيتبعه حيث كان، وهذا أظهر والله أعلم.

---

(١) «المحرر» (١/ ٩٧).

(٢) مسائل أحمد لابنه عبدالله (١٠٧-١٠٨).

(٣) ذكر عبدالله بن أحمد في مسائله رواية ابن مسعود أن مسروقاً وجُندباً أدركا مع الإمام ركعة من المغرب، فلما قاما يقضيان، قعد مسروق في كلتي الركعتين، وقعد جُندب في آخر صلاته فذكر ذلك لابن مسعود فقال: أصاب مسروق، ولم يألُ جندب وقريباً منه عند عبدالرزاق (٣١٦٥، ٣١٦٦).

(٤) أما ابن عمر فقد ذكره كذلك عبدالله في مسائله: أن ابن عمر كان إذا سُبق بالأولين، قرأ في الأخريين بفاتحة الكتاب وسورة ثم يجلس وقريباً منه عبدالرزاق (٣١٥٦، ٣١٥٧، ٣١٦٩، ٣١٧٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢/ ٢٩٦).

(٥) مسائل أحمد لابنه عبدالله (١٠٨)، وعبدالرزاق (٣١٦٤).

٢-الثانية: الزكاة، هل تجب في عين النصاب أو ذمة مالكه؟

اختلف العلماء في ذلك على طرق:

إحداها: إن الزكاة تجب في العين رواية واحدة، وهي طريقة ابن أبي موسى والقاضي في «المجرد».

والثانية: إن الزكاة تجب في الذمة رواية واحدة، وهي طريقة أبي الخطاب في «الانتصار» وصاحب «التلخيص» متابعة للخرقي.

والثالثة: إنها تجب في الذمة، وتتعلق بالنصاب، وقع ذلك في كلام القاضي وأبي الخطاب وغيرهما، وهي طريقة الشيخ تقي الدين[1].

والرابعة: إن في المسألة روايتين:

إحداهما: تجب في العين.

والثانية: في الذمة، وهي طريقة كثير من الأصحاب المتأخرين.

وفي كلام أبي بكر في «الشافي» ما يدل على هذه الطريقة، ولكن آخر كلامه يشعر بتنزيل القولين على اختلاف حالين، وهما يسار المالك وإعساره، فإن كان موسراً؛ وجبت الزكاة في ذمته، وإن كان معسراً؛ وجبت في عين ماله، وهو غريب، وللاختلاف في محل التعلق؛ هل هو العين أو الذمة؛ فوائد كثيرة:

-الأولى: إذا ملك نصاباً واحداً ولم يؤد زكاته أحوالاً، فإن قلنا الزكاة في العين؛ وجبت زكاة الحول الأول دون ما بعده، ونص عليه أحمد، واختاره أكثر الأصحاب؛ لأن قدر الزكاة زال الملك فيه على قول، وعلى آخر ضعف الملك فيه؛ لاستحقاق تملكه، والمستحق في حكم المؤدي؛ فصار كالمنذور سواء، فإن المنذور يجوز عندنا إبداله بمثله، وهذا كذلك، وإن قلنا: الزكاة في الذمة؛ وجبت لكل حول؛ إلا إذا قلنا: إن دين الله عز وجل يمنع الزكاة، وقال

(١) «الاختيارات» (٩٨).

السامري: تكرَّر زكاته لكل حول على القولين، وتأول كلام أحمد بتأويل فاسد، وهذا فيما كانت زكاته من جنسه، فأما إن كانت من غير جنسه؛ كالإبل المزكاة بالغنم؛ تكررت زكاته لكل حول على كلا القولين، نص عليه معللاً بأنه لم يستحق إخراج جزء منه؛ فيبقى الملك فيه تامًّا.

وهكذا ذكر الخلال وابن أبي موسى والقاضي والأكثرون، وذكر الشيرازي في «المبهج» أنه كالأول، لا يجب فيه سوى زكاة واحدة، ومتى استأصلت الزكاة المال؛ سقطت بعد ذلك، صرح به في «التلخيص»، ونص أحمد في «رواية مُهَنَّا» على وجوبها في الدين بعد استغراقه بالزكاة؛ فإما أن يحمل ذلك على القول بالوجوب في الذمة، وإما أن يفرق بين الدين والعين بأن الدين وصف حكمي لا وجود له في الخارج؛ فتتعلق زكاته بالذمة رواية واحدة، ولكن نص أحمد في رواية غير واحد على التسوية بين الدين والعين في امتناع الزكاة فيما بعد الحول الأول، وصرح بذلك أبو بكر وغيره.

تنبيه:

تعلق الزكاة بالعين مانع من وجوب الزكاة في الحول الثاني وما بعده، وهل هو مانع من انعقاد الحول الثاني ابتداءً؟

فيه وجهان:

أحدهما: إنه مانع منه؛ لقصور الملك؛ فهو كدين الآدمي وأولى لتعلقه بالعين، وهو قول القاضي في شرح المذهب وصاحب «المغني»[1].

والثاني: إنه غير مانع من الانعقاد، وهو قول القاضي في «المجرد» وابن عقيل، ونقل صاحب «المحرر»[2] الاتفاق عليه، وهو ظاهر ما ذكره الخلال في «الجامع»، وأورد عن أحمد من «رواية حنبل» ما يشهد له، فلو أخرج الزكاة الأولى من غير النصاب في أثناء الحول الثاني؛ بنى الحول الثاني على الأول من غير فصل بينهما على هذا، وعلى الأول يستأنفه من حين الإخراج.

(١) «المغني» (٢/٢٥٨-٢٥٩).

(٢) «المحرر» (١/٢١٩-٢٢٠).

وينبني على هذين الوجهين مسألة معروفة في باب الخلطة، والله أعلم.

-الفائدة الثانية: إذا تلف النصاب أو بعضه قبل التمكن من أداء الزكاة وبعد تمام الحول؛ فالمذهب المشهور أن الزكاة لا تسقط بذلك، إلا زكاة الزروع والثمار إذا تلفت بجائحة قبل القطع؛ فتسقط زكاتها اتفاقاً لانتفاء التمكن من الانتفاع بها، وخرج ابن عقيل وجهاً بوجوب زكاتها أيضاً، وهو ضعيف مخالف للإجماع.

وعن أحمد رواية ثانية بالسقوط؛ فمنهم من قال: هي عامة في جميع الأحوال، ومنهم من خصها بالمال الباطن دون الظاهر، ومنهم من عكس ذلك، ومنهم من خصها بالمواشي، واختلفوا في مأخذ الخلاف على طريقين.

أحدهما: إنه البناء على الخلاف في محل الزكاة، فإن قيل: هو الذمة؛ لم يسقط، وإلا؛ سقطت، وهو طريق الحلواني في التبصرة والسامري، وقيل: إنه ظاهر كلام الخرقي، وفي كلام أحمد إيماء إليه أيضاً.

والطريق الثاني: عدم البناء على ذلك، وهو طريق القاضي والأكثرين.

فوجه استقرار الوجوب مطلقاً أنا إن قلنا: التعلق بالذمة، فظاهر، وإن قلنا: بالعين؛ فلأن وجوبها كان شكراً لنعمه ثم سببها -وهو ملك النصاب النامي- وشرطها -وهو الحول-؛ فاستقر وجوبها بتمام الانتفاع بهذا المال حولاً؛ كالأجرة المعينة المستقرة بانقضاء مدة الإجارة، وأيضاً؛ فمنهم من قال: تعلقها بالعين لا ينفي تعلقها بالذمة؛ فهي كدين الرهن، ووجه السقوط مطلقاً أنا إن قلنا: تعلقها بالعين؛ فواضح؛ كالأمانات والعبد الجاني، وإن قلنا: بالذمة؛ فالوجوب إنما يستقر فيها بالتمكن من الفعل؛ كالصلاة على رواية، يوضحه أن الزكاة وجبت مواساةً للفقراء من المال؛ فتسقط بتلفه وفقر صاحبه، واختار السقوط مطلقاً صاحب «المغني»[1].

-الفائدة الثالثة: إذا مات من عليه زكاة ودين، وضاقت التركة عنهما؛ فالمنصوص عن أحمد أنهما يتحاصان، نقله عنه أحمد بن القاسم وحرب ويعقوب بن بختان، واختلف

(١) «المغني» (٢/ ٣٠١).

الأصحاب في ذلك؛ فمنهم من أقر النص على ظاهره وأجرى المحاصة على كلا القولين في محل الزكاة؛ لأنا إن قلنا: هو الذمة؛ فقد تساويا في محل التعلق، وفي أن في كل منهما حقّاً لآدمي، وتمتاز الزكاة بما فيها من حق الله عز وجل، وإن قلنا: العين؛ فدين الآدمي يتعلق بعد موته بالتركة أيضاً؛ فيتساويان، وهذه طريقة أبي الخطاب[1] وصاحب «المحرر»، ومنهم من حمل النص بالمحاصة على القول بتعلق الزكاة بالذمة؛ لاستوائهما في محل التعلق، فأما على القول بتعلقها بالنصاب؛ فتقدم الزكاة لتعلقها بالعين؛ كدين الرهن، وهذه طريقة القاضي في «المجرد» والسامري، وفي كلام أحمد إيماء إليها، ومن الأصحاب من وافق على هذا البناء، لكن بشرط أن يكون النصاب موجوداً؛ إذ لا تعلق بالعين إلا مع وجوده، فأما مع تلفه؛ فالزكاة في الذمة؛ فتساوي دين الآدمي، وهذا تخريج في «المحرر»، مع أن صاحبه ذكر في «شرح الهداية» أن النصاب متى كان موجوداً؛ قدمت الزكاة، سواء قلنا: يتعلق بالعين أو بالذمة؛ لأنه تعلق بسبب المال، يزداد بزيادته وينقص بنقصه ويختلف باختلاف صفاته، والزكاة من قبيل مؤن المال وحقوقه ونوائبه؛ فيقدم لذلك على سائر الديون.

وحمل نص أحمد بالمحاصة على حالة عدم النصاب، فأما إن كان المالك حيّاً وأفلس، فظاهر كلام أحمد في «رواية القاسم» أنه يقدم الدين على الزكاة؛ لأن تأخير إخراج الزكاة سائغ للعذر، وهو محتاج ها هنا إلى إسقاط مطالبة الآدمي له وملازمته وحبسه؛ فيكون عذراً له في التأخير، بخلاف ما بعد الموت؛ فإنه لو قدم دين الآدمي؛ لفاتت الزكاة بالكلية، وظاهر كلام القاضي والأكثرين أنه تقدم الزكاة حتى في حالة الحجر، وهذا قد يتنزل على القول بالوجوب في العين؛ إلا أن صاحب «شرح الهداية» صرح بتقديمها على كلا القولين، مع بقاء النصاب؛ كقوله فيما بعد الموت على ما سبق.

-الفائدة الرابعة: إذا كان النصاب مرهوناً ووجبت فيه الزكاة؛ فهل تؤدي زكاته منه ها هنا حالتان:

إحداهما: أن لا يكون له مال غيره يؤدي منه الزكاة؛ فيؤدي الزكاة من عينه، صرح به

(١) «الانتصار» (٣/ ٢٦٧-٢٧٠).

الخرقي والأصحاب، وله مأخذان:

أحدهما: إن الزكاة ينحصر تعلقها بالعين ودين الرهن يتعلق بالذمة والعين؛ فيقدم عند التزاحم ما اختص تعلقه بالعين، كما يقدم حق الجاني على المرتهن إذا لحق المنحصر في العين يفوت بفواتها، بخلاف المتعلق بالذمة مع العين؛ فإنه يستوفي من الذمة عند فوات العين، وهذا مأخذ القاضي، وفيه ضعف؛ فإن الزكاة عندنا لا تسقط بتلف النصاب مطلقاً، بل تتعلق بالذمة حينئذ؛ فهي إذاً كدين الرهن، وأظهر من هذا أن يقال: تعلق الزكاة قهري وتعلق الرهن اختياري، والقهري أقوى؛ كالجناية، أو يقال: هو تعلق بسبب المال وتعلق الرهن بسبب خارجي، والتعلق بسبب المال يقدم؛ كجناية العبد المرهون.

وعلى هذا المأخذ متى قيل بتعلق الزكاة بالذمة خاصة؛ لم تقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين، وصرح به بعض المتأخرين.

والمأخذ الثاني: إن النصاب سبب دين الزكاة فيقدم دينها عند مزاحمة غيره من الديون في النصاب؛ كما يقدم من وجد عين ماله عند رجل أفلس، وهذا مأخذ صاحب «التلخيص»، وعلى هذا؛ فلا يفترق الحال بين قولنا بتعلق الزكاة بالذمة أو بالعين.

الحالة الثانية: أن يكون للمالك مال يؤدي منه الزكاة غير الرهن؛ فليس له أداء الزكاة منه بدون إذن المرتهن على المذهب، وذكره الخرقي أيضاً؛ لأن تعلق حق المرتهن مانع من تصرف الراهن في الرهن بدون إذن، والزكاة لا يتعين إخراجها منه، وذكر السامري أنه متى قلنا: الزكاة تتعلق بالعين؛ فله إخراجها منه أيضاً لأنه تعلق قهري، وينحصر في العين؛ فهو كحق الجناية.

-**الفائدة الخامسة**: التصرف في النصاب أو بعضه بعد الحول ببيع أو غيره، والمذهب صحته، ونص عليه أحمد، قال الأصحاب، وسواء قلنا: الزكاة في العين أو في الذمة، وذكر أبو بكر في «الشافي» أنا إن قلنا: الزكاة في الذمة؛ صح التصرف مطلقاً، وإن قلنا: في العين؛ لم يصح التصرف في مقدار الزكاة، وهذا متوجه على قولنا: إن تعلق الزكاة تعلق شركة أو رهن، صرح به بعض المتأخرين، ونزَّل أبو بكر على هذا الاختلاف الروايتين المنصوصتين عن أحمد في المرأة إذا وهبت زوجها مهرها الذي لها في ذمته؛ فهل تجب زكاته عليه أو عليها؟

قال: فإن صححنا هبة المهر جميعه؛ فعلى المرأة إخراج زكاته من مالها، وإن صححنا الهبة فيما عدا مقدار الزكاة؛ كان قدر الزكاة حقّاً للمساكين في ذمة الزوج؛ فيلزمه أداؤه إليهم، ويسقط عنه بالهبة ما عداه، وهذا بناء غريب جداً.

وعلى المذهب، فلو باع النصاب كله؛ تعلقت الزكاة بذمته حينئذ، بغير خلاف، كما لو تلف، فإن عجز عن أدائها؛ فطريقان:

أحدهما: ما قاله صاحب «شرح الهداية» إن قلنا: الزكاة في الذمة ابتداءً؛ لم يفسخ البيع، كما لو وجب عليه دين لآدمي وهو موسر، فباع متاعه ثم أعسر، وإن قلنا: في العين؛ فسخ البيع في قدرها تقديماً لحق المساكين لسبقه.

والثاني: ما قاله صاحب «المغني»[1]: إنها تتعين في ذمته كسائر الديون بكل حال، ثم ذكر احتمالاً بالفسخ في مقدار الزكاة من غير بناء على محل التعلق.

-الفائدة السادسة: لو كان النصاب غائباً عن مالكه لا يقدر على الإخراج منه؛ لم يلزمه إخراج زكاته حتى يتمكن من الأداء منه، نص عليه أحمد في «رواية مُهَنَّا»، وصرح به الشيخ مجد الدين في موضع من «شرح الهداية»؛ لأن الزكاة مواساة؛ فلا يلزم أداؤها قبل التمكن من الانتفاع بالمال المواسى منه.

ونص أحمد في رواية ابن ثواب فيمن وجب عليه زكاة مال فأقرضه: إنه لا يلزمه أداء زكاته حتى يقبضه؛ لأن عوده مرجو، بخلاف التالف بعد الحول، وهذا لعله يرجع إلى أن أداء الزكاة لا يجب على الفور[2]، وقال القاضي وابن عقيل: يلزمه أداء زكاته قبل قبضه؛ لأنه في يده حكماً، ولهذا يتلف من ضمانه، بخلاف الدين الذي في ذمة غريمه، وكذلك ذكر صاحب «شرح الهداية» في موضع آخر، وأشار في موضع إلى بناء ذلك على محل الزكاة، فإن قلنا: الذمة؛ لزمه الإخراج عنه من غيره لأن زكاته لا تسقط بتلفه، بخلاف الدين، وإن قلنا: العين؛ لم يلزمه

---

(١) «المغني» (٣٤٩-٣٥٠).

(٢) لابن رجب رسالة صغيرة (سنطبعها بإذن الله مع الرسائل الصغيرة) تسمى «قاعدة في إخراج الزكاة على الفور».

الإخراج حتى يتمكن من قبضه، والصحيح الأول، ووجوب الزكاة عن الغائب إذا تلف قبل قبضه مخالف لكلام أحمد.

-**الفائدة السابعة**: إذا أخرج رب المال زكاة حقه من مال المضاربة منه؛ فهل يحسب ما أخرجه من رأس المال ونصيبه من الربح، أم من نصيبه من الربح خاصة؟

على وجهين معروفين، بناهما بعض الأصحاب على الخلاف في محل التعلق، فإن قلنا: الذمة؛ فهي محسوبة من الأصل والربح كقضاء الديون، وإن قلنا: العين؛ حسبت من الربح؛ كالمؤونة؛ لأن لزكاة إنما تجب في المال النامي، فيحسب من نمائه.

ويمكن أن ينبني على هذا الأصل أيضاً الوجهان في جواز إخراج المضارب زكاة حصته من مال المضاربة، فإن قلنا: الزكاة تتعلق بالعين؛ فله الإخراج منه، وإلا؛ فلا، وفي كلام بعضهم إيماء إلى ذلك، وأما حق رب المال؛ فليس للمضارب تزكيته بدون إذنه، نص عليه في رواية «المروذي»، اللهم إلا أن يصير المضارب شريكاً؛ فيكون حكمه حكم سائر الخلطاء، والله أعلم.

٣-**الثالثة**: المستفاد بعد النصاب في أثناء الحول؛ هل يضم إلى النصاب، أو يفرد عنه؟

إذا استفاد مالاً زكويّاً من جنس النصاب في أثناء حوله؛ فإنه يفرد بحول عندنا، ولكن هل يضمُّه إلى النصاب في العدد، أو يخلطه به ويزكيه زكاة خلطة، أو يفرده بالزكاة كما أفرده بالحول؟

فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: إنه يفرده بالزكاة؛ كما يفرده بالحول، وهذا الوجه مختص بما إذا كان المستفاد نصاباً أو دون نصاب، ولا يغير فرض النصاب، أما إذا كان دون نصاب وتغير فرض النصاب؛ لم يتأت فيه هذا الوجه، صرح به صاحب «شرح الهداية»؛ لأنه مضموم إلى النصاب في العدد؛ فيلزم حينئذ جعل ما ليس بوقص في المال وقصاً، وهو ممتنع، ويختص هذا الوجه أيضاً بالحول الأول دون ما بعده؛ لأن ما بعد الحول الأول يجتمع فيه مع النصاب في الحول كله، بخلاف الحول الأول، صرح بذلك غير واحد، وكلام بعضهم مشعر باطراده في كل الأحوال، وصرح القاضي أبو يعلى الصغير بحكاية ذلك وجهاً.

والوجه الثاني: إنه يزكي زكاة خلطة، وصححه صاحب «شرح الهداية»؛ كما لو اختلط نفسان في أثناء حول وقد ثبت لأحدهما حكم الانفراد فيه دون صاحبه، وزعم أن صاحب «المغني»[1] ضعفه، وإنما ضعف الأول.

والوجه الثالث: إنه يضم إلى النصاب؛ فيزكى زكاة ضم، وعلى هذا؛ فهل الزيادة كنصاب منفرد، أم الكل نصاب واحد؟

على وجهين:

أحدهما: إنها كنصاب منفرد، ولولا ذلك؛ لزكى النصاب عقيب تمام حوله بحصته من فرض المجموع؛ كما في سائر الأحوال، ولم يزك زكاة انفراد، وهذا قول أبي الخطاب في «انتصاره» وصاحب «المحرر».

والثاني: أن الجميع نصاب واحد، وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل وصاحب «المغني»، وهو الأظهر، وإنما زكى النصاب زكاة انفراد؛ لانفراده في أول حوله الأول، بخلاف الحول الثاني وما بعده؛ فعلى هذا إذا تم حول المستفاد؛ وجب إخراج بقية فرض المجموع بكل حال لأنه بكمال حوله يتم حول الجميع، فيجب تتمة زكاته، ولا يكون ذلك عن المستفاد بخصوصه.

وعلى الأول إذا تم حول المستفاد؛ وجب فيه ما بقي من فرض الجميع بعد إسقاط ما أخرج عن الأول منه؛ إلا أن يزيد بقية الفرض على فرض المستفاد بانفراده، أو ينقص عنه، أو يكون من غير جنس فرض الأول؛ فإنه يتعذر ها هنا وجه الضم، ويتعين وجه الخلطة أو الانفراد؛ إلا أن يكون المستفاد دون نصاب مغيراً للفرض؛ فيتعين وجه الخلطة؛ ويلغو وجه الانفراد أيضاً على ما سبق، وبهذا كله صرح صاحب «شرح الهداية»، وبناه على أن المخرج عن المستفاد بخصوصيته.

ويظهر فائدة اختلاف هذين الوجهين في أنواع ثلاثة:

النوع الأول: أن يكون تتمة فرض زكاة الجميع أكثر من فرض المستفاد بخصوصه، مثل أن

---

(١) «المغني» (٢/٢٥٨-٢٥٩).

يملك خمسين من البقر ثم ثلاثين بعدها، فإذا تم حول الأولى؛ فعليه مسنة، فإذا تم حول الثانية؛ فعليه مسنة أخرى على الوجه الثاني، وهو الأظهر، وعلى الأول يمتنع الضم هنا؛ لئلا يؤدي إلى إيجاب مسنة عن ثلاثين، ويجب إما تبيع على وجه الانفراد، أو ثلاثة أرباع مسنة على وجه الخلطة.

النوع الثاني: أن تكون تتمة الواجب دون فرض المستفاد بانفراده، مثل أن يملك ستاً وسبعين من الإبل ثم ستاً وأربعين بعدها، فإذا تم حول الأولى؛ فعليه ابنتا لبون، فإذا تم حول الثانية؛ فعلى الوجه الثاني يلزمه تمام فرض المجموع، وهو بنت لبون، وعلى الأول يمتنع ذلك؛ لأن فرضه على الانفراد حقة؛ فيزكى إما على الخلطة أو الانفراد، وهذا بعيد؛ فإن وجه الضم إذا اعتبر مع كون المستفاد يصير وقصاً محضاً يضمنه إلى النصاب، وإن كان فيه زكاة بانفراده؛ فكيف لا يعتبر إذا كان فرضه دون فرضه بانفراده؟!

النوع الثالث: أن يكون فرض النصاب الأول المخرج عند تمام حوله من غير جنس فرض المجموع أو نوعه، مثل أن يملك عشرين من الإبل ثم خمساً بعدها؛ فعلى الوجه الأول يمتنع الضم ها هنا؛ لتعذر طرح المخرج عن الأول من واجب الكل، وعلى الثاني - وهو الأظهر - يجب إخراج تتمة الزكاة؛ وإن كان من غير الجنس؛ لضرورة اختلاف الحولين، لا سيما ونحن على أحد الوجهين نجبر تشقيص الفرض لغير ضرورة؛ كإخراج نصفي شاة عن أربعين أو حقتين وبنتي لبون، ونصف عن مئتين من الإبل؛ فها هنا أولى.

وعلى هذا؛ فقد يتفق وجه الخلطة ووجه الضم على هذا التقدير؛ حيث لم تكن زكاة الخلطة مفضية إلى زيادة الفرض أن نقصه، وقد يختلفان؛ حيث أدى الاتفاق إلى أحد الأمرين، وسبب ذلك أن هذا النوع على ضربين:

أحدهما: أن لا يكون في واحد منهما (أعني: النصاب والمستفاد) وقص، ولا حدث من اجتماعهما وقص؛ فيزكى كما تقدم، وهو أنا نأخذ فرض الجميع؛ فيخرج عند تمام حول المستفاد حصته منه، ويتفق هنا وجه الضم والخلطة؛ فيوجب على الوجهين فيما إذا كان المستفاد خمساً من الإبل بعد عشرين خمس بنت مخاض، وهو مقارب لشاة؛ فإن الشارع أوجب

أربع شياه في عشرين وبنت مخاض في خمس وعشرين؛ فتكون مقدرة بخمس شياه، وكذا لو استفاد عشرة من البقر بعد ثلاثين؛ فإنه يجب للزيادة ربع مسنة؛ لأن التبيع مقابل لثلاثة أرباع المسنة، والمسنة تعدل تبيعاً وثلثاً أبداً.

الضرب الثاني: أن يكون في المال وقص؛ إما حالة اجتماعه أو حالة انفراده فقط؛ فيختلف ها هنا وجه الضم والخلطة، فإنا على وجه الضم نجمع من النصاب الأول ما تعلق به الفرض منه، ويضم إليه تتمة نصاب المجموع من الباقي، ثم يأخذ من فرض المجموع حصة هذه التتمة، وهي بقية ما يتعلق به الفرض من مجموع المال، ويجعل الباقي من المال إن بقي منه شيء كالمعدوم؛ فمثال ذلك والوقص موجود حالة الاجتماع: لو ملك عشرين من الإبل ثم تسعاً منها، فإذا تم حول الثانية؛ ضممت إلى العشرين الأول خمساً تكن خمسة وعشرين فرضها بنت مخاض، وقد أخرجنا عن العشرين أربع شياه؛ فيخرج عن الباقي خمس بنت مخاض، وعلى وجه الخلطة يخرج عنها تسعة أجزاء من أصل تسعة وعشرين جزءً من بنت مخاض ومثاله. والوقص موجود حالة الانفراد فقط: لو ملك أربعة عشر من الإبل ثم أحد عشر بعدها، فإذا تم حول الأولى؛ فعليه شاتان، فإذا تم حول الثانية؛ ضممنا إلى عشرة من الأولى تتمة النصاب، وهي خمسة عشر؛ فأوجبنا فيها ثلاثة أخماس بنت مخاض؛ لأن فيهما جميعاً وقصاً لم يؤد عنه، والمال عند الاجتماع لا وقص فيه؛ فيجب تأدية زكاته كله، فإذا كان قد أخرج عن بعضها؛ وجب الإخراج عن جميع ما لم يخرج عنه منه، وعلى وجه الخلطة يجب في الزيادة وحدها خمسان من بنت مخاض وخمس خمس بنت مخاض، فإذا تقرر هذا؛ فالمستفاد لا يخلو من أربعة أقسام:

القسم الأول: أن يكون نصاباً مغيراً للفرض، مثل أن يملك أربعين شاة ثم إحدى وثمانين بعدها؛ ففي الأربعين شاة عند حولها، فإذا تم حول الثانية؛ فوجهان:

أحدهما: فيها شاة أيضاً، وهو متخرج على وجهي الضم والانفراد.

والثاني: فيها شاة واحدةٌ وأربعون جزءً من أصل مئة وأحد وعشرين جزءً من شاة، وهو وجه الخلطة؛ لأن ذلك حصة المستفاد من الشاتين الواجبتين في الجميع.

وذكر القاضي وابن عقيل وجماعة أن وجه الخلطة هنا كوجه الانفراد، يجب به شاة أيضاً؛

لئلا يفضي إلى إيجاب زيادة على فرض الجميع، وهو مردود بأنهم أوجبوا بالخلطة زيادة على فرض الجميع في غير هذا الموضع.

القسم الثاني: أن تكون الزيادة نصاباً لا يغير الفرض؛ كمن ملك أربعين شاة ثم أربعين بعدها؛ ففي الأولى إذا تم حولها شاة، فإذا تم حول الثانية؛ فثلاثة أوجه:

أحدها: لا شيء فيها، وهو وجه الضم؛ لأن الزيادة بالضم تصير وقصاً.

والثاني: فيها شاة، وهو وجه الانفراد.

والثالث: فيها نصف شاة، وهو وجه الخلطة.

القسم الثالث: أن تكون الزيادة لا تبلغ نصاباً ولا تغير الفرض؛ كمن ملك أربعين من الغنم ثم ملك بعدها عشرين؛ ففي الأولى إذا تم حولها شاة، فإذا تم حول الثانية؛ فوجهان:

أحدهما: لا شيء فيها، وهو متوجه على وجهي الضم والانفراد.

والثاني: فيها ثلث شاة، وهو وجه الخلطة.

القسم الرابع: أن لا تبلغ الزيادة نصاباً وتغير الفرض؛ كمن ملك ثلاثين من البقر ثم عشراً بعدها، فإذا تم حول الأولى؛ ففيها تبيع، فإذا تم حول الزيادة، فقال الأصحاب: يجب فيها بيع مسنة، ولم يذكروا فيها خلافاً، ومنهم من صرح بنفي الخلاف؛ كصاحب «المحرر»[1] وعلل بأن وجه الانفراد متعذر؛ لما سبق، وكذا وجه الضم؛ لأنه يفضي على أصله إلى استثناء شيء وطرحه من غير جنسه، وهو طرح التبيع من المسنة، وهو متعذر؛ فتعين وجه الخلطة، وأما صاحب «الكافي»؛ فظاهر كلامه أن هذا متمش على وجه الضم أيضاً بناءً على أصله الذي تقدم من أن الكل نصاب واحد وفرضه مسنة، وقد أخرج تبيعاً، وهو يعدل ثلاثة أرباع مسنة؛ فيجب إخراج بقية فرض المال، وهو هنا ربع مسنة؛ لأن التبيع يعدل ثلاثة أرباع المسنة كما سبق تقريره، فتبيع وربع مسنة يعدل مسنة كاملة؛ فاحتفظ بهذه الفائدة الجليلة؛ فإنك لا تظفر بها في غير هذا الموضع، والله أعلم.

---

(١) «المحرر» (١/ ٢١٧).

٤-**الرابعة**: الملك في مدة الخيار: هل ينتقل إلى المشتري أم لا؟

في هذه المسألة روايتان عن الإمام أحمد:

أشهرهما: انتقال الملك إلى المشتري بمجرد العقد، وهي المذهب الذي عليه الأصحاب.

والثانية: لا ينتقل حتى ينقضي الخيار؛ فعلى هذه يكون الملك للبائع، ومن الأصحاب من حكى أن الملك يخرج عن البائع ولا يدخل إلى المشتري، وهو ضعيف.

وللروايتين فوائد عديدة:

منها: وجوب الزكاة؛ فإذا باع نصاباً من الماشية بشرط الخيار حولاً؛ فزكاته على المشتري على المذهب، سواء فسخ العقد أو أمضى، وعلى الرواية الثانية: الزكاة على البائع إذا قيل: الملك باق له.

ومنها: لو باعه عبداً بشرط الخيار وأهل هلال الفطر وهو في مدة الخيار؛ فالفطرة على المشتري على المذهب، وعلى البائع على الثانية.

ومنها: لو كسب المبيع في مدة الخيار كسباً، أو نما نماءً منفصلاً؛ فهو للمشتري؛ فَسَخَ العقد أو أمضى، وعلى الثانية: هو للبائع.

ومنها: مؤنة الحيوان والعبد المشترى بشرط الخيار يجب على المشتري على المذهب، وعلى البائع على الثانية.

ومنها: إذا تلف المبيع في مدة الخيار؛ فإن كان بعد القبض، ولم يكن مبهماً؛ فهو من مال المشتري على المذهب، وعلى الثانية من أصل البائع.

ومنها: لو تعيب المبيع في مدة الخيار؛ فعلى المذهب: لا يرد بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشتري؛ لانتفاء القبض، وعلى الثانية: له الرد بكل حال.

ومنها: تصرف المشتري في مدة الخيار؛ فلا يجوز إلا بما يحصل به تجربته إلا أن يكون الخيار له وحده، كذا ذكر الأصحاب، والمنصوص عن أحمد في «رواية أبي طالب» أن له التصرف فيه بالاستقلال، وفرق بينه وبين وطء الأمة المشتراة بشرط من وجهين:

أحدهما: إن ذاك فرج؛ فيحتاط له.

والثاني: إن ذاك شرط وهذا خيار، وهذا يدل على جواز تصرفه بما لا يمنع البائع من الرجوع؛ كالاستخدام والإجارة، وإنما يمنع من إخراجه من ملكه أو تعريضه للخروج بالرهن والتدبير والكتابة ونحوها، هذا كله على المذهب.

وعلى الرواية الثانية: يجوز التصرف للبائع وحده؛ لأنه مالك ويملك الفسخ، فإن الخيار وضع الغرض لفسخ دون الإمضاء، فأما حكم نفوذ التصرف وعدمه، فالمشهور في المذهب أنه لا ينفذ بحال إلا بالعتق، ونقل مهنا وغيره عن أحمد أنه موقوف على انقضاء مدة الخيار، هذا إذا كان الخيار لهما، فإن كان للبائع وحده؛ فكذلك في تصرف المشتري الروايتان.

وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى: إنه إن أجازه البائع؛ صح، والثمن له، وإن رده؛ بطل البيع، وعلى المشتري استرداده، فإن تعذر؛ فعليه قيمته، وإن سرق أو هلك؛ فهو من ضمان المشتري؛ فحمل السامري هذه الرواية على أن الملك لم ينتقل إلى البائع، وآخرها يبطل ذلك، والصحيح أنها رواية ببطلان التصرف من أصله، لكنها مفرعة على أن الفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله؛ فيتبين به أن الملك كان للبائع، وعلى أن تصرف الفضولي موقوف على إجازة المالك، وإن كان الخيار للمشتري وحده؛ صح تصرفه، ذكره أبو بكر والقاضي وغيرهما؛ لانقطاع حق البائع ها هنا، وظاهر كلام أحمد في «رواية حرب» أنه لا ينفذ حتى يتقدمه إمضاء العقد، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضاً؛ لقصور الملك، فلو تصرف المشتري مع البائع والخيار لهما؛ صح، ذكره صاحبا «المغني» و«المحرر»[1]، وفي «المجرد» للقاضي احتمالان.

هذا كله تفريع على المذهب، وهو انتقال الملك إلى المشتري، فأما على الرواية الأخرى، فإن كان الخيار لهما أو للبائع وحده؛ صح تصرف البائع مطلقاً؛ لأن الملك له، وهو بتصرفه مختار للفسخ، بخلاف تصرف المشتري؛ فإنه يختار به لإمضاء وحق الفسخ مقدم عليه.

ومنها: الوطء في مدة الخيار، فإن وطئ المشتري؛ فلا شيء عليه لأن الملك له وإن وطئ

(١) «المغني» (٤/ ١١-١٢)، و«المحرر» (١/ ٢٦٥، ٢٦٧).

البائع، فإن كان جاهلاً بالتحريم؛ فلا حد عليه، وإن كان عالماً به؛ فالمنصوص عن أحمد في «رواية مُهَنَّا» أنه يجب عليه الحد، وهو اختيار أبي بكر وابن حامد والقاضي والأكثرين؛ لأنه وطء لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك، وهو محرم بالإجماع؛ فوجب به الحد؛ كوطء المرتهن، ومن الأصحاب من قيد ذلك بأن يعلم أن الملك لا ينفسخ بوطئه، أما إن اعتقد أنه ينفسخ بوطئه؛ فلا حد؛ لأن تمام الوطء وقع في ملك؛ فتمكنت الشبهة فيه.

ومن الأصحاب من حكى رواية ثانية بعدم الحد مطلقاً، ومال إلى ذلك ابن عقيل وصاحبا «المغني» و«المحرر»[1]؛ لوقوع الاختلاف في حصول الملك له وفي انفساخ العقد بوطئه بل وبمقدمات وطئه؛ فيكون الوطء حينئذ في ملك تام، وأما على الرواية الثانية؛ فلا حد على البائع، وفي المشتري الخلاف.

ومنها: ترتب موجبات الملك من الانعتاق بالرحم أو بالتعليق وانفساخ النكاح ونحوها؛ فيثبت في البيع بشرط الخيار عقيب العقد على المذهب، وعلى الثانية لا يثبت إلا بعد انقضائه، ولو حلف لا يبيع، فباع بشرط الخيار؛ خرج على الخلاف أيضاً؛ ذكره القاضي، وأنكر الشيخ مجد الدين ذلك، وقال: يحنث على الروايتين.

فأما الأخذ بالشفعة؛ فلا يثبت في مدة الخيار على الروايتين عند أكثر الأصحاب، ونص عليه أحمد في رواية حنبل؛ فمن الأصحاب من علل بأن الملك لم يستقر بعد، ومنهم من علل بأن الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار؛ فلذلك لم تجز المطالبة بها في مدته، وهو تعليل القاضي في خلافه؛ فعلى هذا لو كان الخيار للمشتري وحده؛ لثبتت الشفعة، وذكر أبو الخطاب احتمالاً بثبوت الشفعة مطلقاً إذا قلنا بانتقال الملك إلى المشتري.

ومنها: إذا باع أحد الشريكين شقصاً بشرط الخيار، فباع الشفيع حصته في مدة الخيار؛ فعلى المذهب: يستحق المشتري الأول انتزاع شقص الشفيع من يد مشتريه؛ لأنه هو شريك الشفيع حالة بيعه، وعلى الثانية: يستحقه البائع الأول؛ لأن الملك باقٍ له.

---

(١) «المغني» (٤/ ١٣)، و«المحرر» (٢/ ١٥٣-١٥٤).

ومنها: لو باع الملتقط اللقطة بعد الحول بشرط الخيار، ثم جاء ربها في مدة الخيار، فإن قلنا: لم ينتقل الملك؛ فالرد واجب، وإن قلنا بانتقاله؛ فوجهان، والمجزوم به في «الكافي»[1] الوجوب.

ومنها: لو باع محل صيداً بشرط الخيار، ثم أحرم في مدته، فإن قلنا: انتقل الملك عنه؛ فليس له الفسخ لأنه ابتداء ملك على الصيد، وهو ممنوع منه، وإن قلنا: لم ينتقل الملك عنه؛ فله ذلك، ثم إن كان في يده المشاهدة؛ أرسله، وإلا؛ فلا.

ومنها: لو باعت الزوجة قبل الدخول الصداق بشرط الخيار، ثم طلقها الزوج في المدة، فإن قلنا: الملك انتقل عنها؛ ففي لزوم استردادها وجهان، وإن قلنا: لم يزل؛ لزمها استرداده وجهاً واحداً.

ومنها: لو باع أمة بشرط الخيار ثم فسخ البيع؛ وجب على البائع الاستبراء على المذهب، وعلى الثانية: لا يلزمه؛ لبقاء الملك.

ومنها: لو اشترى أمة بشرط الخيار واستبرأها في مدته، فإن قلنا: الملك لم ينتقل إليه؛ لم يكفه ذلك الاستبراء، وإن قلنا بانتقاله؛ ففي «الهداية» و«المغني»[2]: يكفي، وفي «الترغيب» و«المحرر»[3] وجهان؛ لعدم استقرار الملك.

٥-الخامسة: الإقالة؛ هل هي فسخ أو بيع؟

في هذه المسألة روايتان منصوصتان، واختيار الخرقي والقاضي والأكثرين أنها فسخ، وحكاه القاضي عن أبي بكر، وفي «التنبيه» لأبي بكر التصريح باختيار أنها بيع، ولهذا الخلاف فوائد عديدة:

-**الأولى**: إذا تقايلا قبل القبض فيما لا يجوز بيعه قبل قبضه؛ فيجوز على قولنا: هي فسخ، ولا يجوز على الثانية إلا على رواية حكاها القاضي في «المجرد» في الإجارات: إنه يصح بيعه من بائعه خاصة قبل القبض.

---

(١) «الكافي» (٢/ ٣٥٦).
(٢) «المغني» (٤/ ٩).
(٣) «المحرر» (٢/ ١١٠).

-الفائدة الثانية: هل يجوز في المكيل والموزون بغير كيل ووزن؟

إن قلنا: هي فسخ؛ جازت كذلك، وإن قلنا: هي بيع؛ فلا، هذه طريقة أبي بكر في «التنبيه» والقاضي والأكثرين، وحُكي عن أبي بكر أنه لا بد فيها من كيل ثانٍ على الروايتين، كما أن الفسخ في النكاح يقوم مقام الطلاق في إيجاب العدة.

-الفائدة الثالثة: إذا تقايلا بزيادة على الثمن أو نقصٍ منه أو بغير جنس الثمن، فإن قلنا: هي فسخ؛ لم يصح لأن الفسخ رفع للعقد؛ فيترادان العوضين على وجههما؛ كالرد بالعيب وغيره، وإن قلنا: هي بيع؛ فوجهان حكاهما أبو الخطاب ومن بعده:

أحدهما: يصح، وقاله القاضي في «كتاب الروايتين» كسائر البيوع.

والثاني: لا يصح، وهو المذهب عند القاضي في «خلافه».

وصححه السامري؛ لأن مقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه ورجوع كل واحد إلى ماله؛ فلم يجز بأكثر من الثمن؛ وإن كانت بيعاً كبيع التولية، وهذا ظاهر ما نقله ابن منصور عن أحمد في رجل اشترى سلعة، فندم، فقال: أقلني ولك كذا، وكذا قال أحمد: أكره أن يكون ترجع إليه سلعته ومعها فضل؛ إلا أن يكون قد تغيرت السوق، أو تتاركا البيع، فباعه بيعاً مستأنفاً؛ فلا بأس به. ولكن إن جاء إلى نفس البيع، فقال: أقلني فيها ولك كذا وكذا؛ فهذا مكروه؛ فقد كره الإقالة في البيع الأول بزيادة بكل حال، ولم يجوز الزيادة؛ إلا إذا أقر البيع بحاله وتبايعاه بيعاً مستأنفاً، وفيه أنه إذا تغيرت السوق؛ جازت الإقالة بنقص في مقابلة نقص السعر، وكذا لو تغيرت صفة السلعة، وأولى، ونص في «رواية أحمد بن القاسم» و«سندي» و«حنبل» على الكراهة بكل حال؛ نقداً كان البيع أو نسيئة بعد نقد الثمن أو قبله، معللاً بشبهة بمسائل العينة؛ لأنه ترجع السلعة إلى صاحبها، ويبقى له على المشتري فضل دراهم، ولكن محذور الربا هنا بعيد جداً؛ لأنه لا يقصد أحد أن يدفع عشرة ثم يأخذ نقداً خمسة مثلاً، لا سيما والدافع هنا هو الطالب لذلك الراغب فيه.

ونقل عنه ما يدل على جوازه؛ قال في «رواية الأثرم»: وسأله عن بيع العربون؛ فذكر له

حديث عمر[١]، فقيل له: تذهب إليه. قال: أي شيء أقول وهذا عن عمر؟! ثم قال: أليس كان ابن سيرين[٢] لا يرى بأساً أن يرد السلعة إلى صاحبها إلا إذا كرهها ومعها شيء؟! ثم قال: هذا مثله. فقد جعل بيع العربون من جنس الإقالة بربح، وهو يرى جواز بيع العربون، وهذا الخلاف هنا شبيه بالخلاف في جواز الخلع بزيادة على المهر، فأما البيع المبتدأ؛ فيجوز بأكثر من ثمنه؛ كما نقله عنه ابن منصور، وكذلك نقل عنه حرب فيمن باع ثوباً بعشرين وقبضها ثم احتاج إليه فاشتراه باثنين وعشرين نقداً؛ قال: لا بأس به، ولا يجوز نسيئة، ولم ير بأساً أن يشتريه بمثل الثمن نقداً ونسيئة.

ونقل عنه أبو داود[٣] فيمن باع ثوباً بنقد ثم احتاج إليه يشتريه بنسيئة؛ قال: إذا لم يرد بذلك الحيلة كأنه لم ير به بأساً، وصرح أبو الخطاب وطائفة من الأصحاب بأن كل بيع وإن كان بنقد لا يجوز لبائعه شراؤه بدون ثمنه قبل نقد الثمن، ويجوز بعده، وكذلك نقل ابن منصور[٤] عن أحمد أنه بعد القبض يبيعه كيف شاء.

-**الفائدة الرابعة**: تصح الإقالة بلفظ الإقالة والمصالحة إن قلنا: هي فسخ، ذكره القاضي وابن عقيل، وإن قلنا: هي بيع؛ لم ينعقد بذلك، صرح به القاضي في «خلافه»؛ قال: وما يصلح للحل لا يصلح للعقد، وما يصلح للعقد لا يصلح للحل؛ فلا ينعقد البيع بلفظ الإقالة، ولا الإقالة بلفظ البيع.

وظاهر كلام كثير من الأصحاب انعقادها بذلك، وتكون معاطاة.

-**الفائدة الخامسة**: إذا قلنا: هي فسخ؛ لم يشترط لها شروط البيع من معرفة المقال فيه، والقدرة على تسليمه تمييزه عن غيره، ويشترط ذلك على القول بأنها بيع، ذكره صاحب «المغني»[٥] في «التفليس»، فلو تقايلا العبد وهو غائب بعد مضي مدة لأن يتغير في مثلها أو بعد

---

(١) يشير إلى شراء عمر بن الخطاب داراً للسجن من صفوان بن أمية، انظر البيهقي «السنن الكبرى» (٦/ ٣٤).

(٢) عبدالرزاق (١٤٢٥٤، ١٤٢٥٥، ١٤٢٥٩، ١٠٤٣٠٣).

(٣) مسائل أحمد لأبي داود (١٩٢).

(٤) مسائل أحمد لابن منصور (٣٣١).

(٥) «المغني» (٤/ ٩٥-٩٦).

إباقه أو اشتباهه بغيره؛ صح على الأول دون الثاني، ولو تقايلا مع غيبة أحدهما بأن طلبت منه الإقالة، فدخل الدار وقال على الفور: أقلتك، فإن قلنا: هي فسخ؛ صح، وإن قلنا: هي بيع؛ لم يصح، ذكره القاضي وأبو الخطاب في تعليقهما؛ لأن البيع يشترط له حضور المتعاقدين في المجلس.

ونقل أبو طالب عن أحمد صحة قبول الزوج للنكاح بعد المجلس، واختلف الأصحاب في تأويلها، وفي كلام القاضي أيضاً ما يقتضي أن الإقالة لا تصح في غيبة الآخر على الروايتين؛ لأنها في حكم العقود لتوقفها على رضى المتبايعين، بخلاف الرد بالعيب والفسخ للخيار، وهل تصح مع تلف السلعة؟

على طريقين:

أحدهما: لا يصح على الروايتين، وهي طريقة القاضي في موضع من «خلافه» وصاحب «المغني»[1].

والثاني: إن قلنا: هي فسخ؛ صحت، وإلا؛ لم تصح، قال القاضي في موضع من «خلافه»: هو قياس المذهب، وفي «التلخيص» وجهان؛ قال: أصلهما الروايتان إذا تلف المبيع في مدة الخيار.

-**الفائدة السادسة**: هل تصح الإقالة بعد النداء للجمعة؟

إن قلنا: هي بيع؛ لم تصح، وإلا؛ صحت، ذكره القاضي وابن عقيل.

-**الفائدة السابعة**: إذا نما المبيع نماءً منفصلاً ثم تقايلا، فإن قلنا: الإقالة بيع؛ لم يتبع النماء بغير خلاف، وإن قلنا: فسخ؛ فقال القاضي: النماء للمشتري، وينبغي تخريجه على وجهين؛ كالرد بالعيب والرجوع للمفلس.

-**الفائدة الثامنة**: باعه نخلاً حائلاً ثم تقايلا وقد أطلع، فإن قلنا: المقايلة بيع؛ فالثمرة إن

---

(١) «المغني» (٤/ ٩٦).

كانت مؤبرة؛ فهي للمشتري الأول، وإن لم تكن مؤبرة؛ فهي للبائع الأول، وإن قلنا: هي فسخ؛ تبعت الأصل بكل حال، سواء كانت مؤبرة أو لا؛ لأنه نماء متصل، ذكره في «المغني»[1]، وقد سبقت المسألة في قاعدة النماء.

-**الفائدة التاسعة**: هل يثبت فيها خيار المجلس؟

إن قلنا: هي فسخ؛ لم يثبت الخيار، وإن قلنا: هي بيع؛ ففي «التلخيص»: يثبت الخيار كسائر البيوع، ويحتمل عندي أن لا يثبت أيضاً؛ لأن الخيار وضع للنظر في الحظ والمقيل قد دخل على أنه لا حظ له، وإنما هو متبرع، والمستقبل لم يطلب الإقالة بعد لزوم العقد إلا بعد تروٍ ونظر، وعلم بأن الحظ له في ذلك، وندم على العقد الأول، فلا يحتاج بعد ذلك إلى مهلة لإعادة النظر؛ والله أعلم.

-**الفائدة العاشرة**: هل ترد بالعيب؟

إن قلنا: هي بيع؛ ردت به، وإن قلنا: هي فسخ؛ فيحتمل أن لا ترد به؛ لأن الأصحاب قالوا: الفسخ لا يفسخ، ويحتمل أن يرد به، كما جوزوا فسخ الإقالة والرد بالعيب لأخذ الشفيع، وأفتى الشيخ تقي الدين[2] بفسخ الخلع بالعيب في عوضه، وبفوات صفة فيه، وبإفلاس الزوجة به.

-**الفائدة الحادية عشر**: الإقالة في المسلم فيه قبل قبضه، وفيها طريقان:

أحدهما: بناؤها على الخلاف، فإن قلنا: هي فسخ؛ جازت، وإن قلنا: بيع؛ لم تجز، وهي طريقة القاضي وابن عقيل في روايتيهما وصاحب «الروضة» وابن الزاغوني.

والثانية: جواز الإقالة فيه على الروايتين، وهي طريقة الأكثرين، ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك.

-**الفائدة الثانية عشر**: باعه جزءً مشاعاً من أرضه ثم تقايلا، فإن قلنا: الإقالة فسخ؛ لم

---

(1) «المغني» (٤/ ٢٧٣-٢٥٣).

(2) «الاختيارات» (٢٥٢-٢٥٣).

يستحق المشتري ولا من حدث له شركة في الأرض قبل المقايلة شيئاً من الشقص بالشفعة، وإن قلنا: هي بيع؛ ثبتت لهم الشفعة، وكذلك لو باع أحد الشريكين حصته، ثم عفى الآخر عن شفعته، ثم تقايلا، وأراد العافي أن يعود إلى الطلب، فإن قلنا: الإقالة فسخ؛ لم يكن له ذلك، وإلا؛ فله الشفعة.

-الفائدة الثالثة عشر: اشترى شقصاً مشفوعاً ثم تقايلاه قبل الطلب، فإن قلنا: هي بيع؛ لم تسقط؛ كما لو باعه لغير بائعه، وإن قلنا: فسخ؛ فقيل: لا تسقط أيضاً؛ وهو قول القاضي وأصحابه؛ لأن الشفعة استحقت بنفس البيع؛ فلا تسقط بعده، وقيل: تسقط، وهو المنصوص عن أحمد في «رواية محمد بن الحكم»، وهو ظاهر كلام أبي حفص العكبري والقاضي في «خلافه».

-الفائدة الرابعة عشر: هل يملك المضارب أو الشريك الإقالة فيما اشتراه؟

من الأصحاب من قال: إن قلنا: الإقالة بيع؛ ملكه، وإلا فلا لأن الفسخ ليس من التجارة المأذون فيها، وهي طريقة ابن عقيل في موضع من «فصوله»، والأكثرون على أنه يملكها على القولين مع الصحة، كما يملك الفسخ بالخيار.

-والخامسة عشر: هل يملك المفلس بعد الحجر المقايلة لظهور المصلحة؟

إن قلنا: هي بيع؛ لم يملكه، وإن قلنا: فسخ؛ فالأظهر أنه يمكله؛ كما يملك الفسخ بخيار قائم أو عيب، ولا يتقيد بالأحظ على الأصح؛ لأن ذلك ليس بتصرف مستأنف، بل من تمام العقد الأول ولواحقه.

-الفائدة السادسة عشر: لو وهب الوالد لابنه شيئاً، فباعه ثم رجع إليه بإقالة، فإن قلنا: هي بيع؛ امتنع رجوع الأب فيه، وإن قلنا: هي فسخ؛ فوجهان، وكذلك حكم المفلس إذا باع السلعة ثم عادت إليه بإقالة ووجدها بائعها عنده.

-الفائدة السابعة عشر: باع أمة، ثم أقال فيها قبل القبض؛ فهل يلزمه استبراءها؟

وفيه طريقان:

أحدهما: قاله أبو بكر وابن أبي موسى: إن قلنا: الإقالة بيع؛ وجب الاستبراء، وإن قلنا: فسخ؛ لم يجب.

والثاني: إن في المسألة روايتين مطلقاً من غير بناء على هذا الأصل، ثم قيل: إنه مبني على انتقال الضمان عن البائع وعدمه، وإليه أشار ابن عقيل، وقيل: بل يرجع إلى أن تجدد الملك مع تحقق البراءة من الحمل؛ هل يوجب الاستبراء؟ وهذا أظهر.

-**الفائدة الثامنة عشر**: لو حلف لا يبيع أو ليبيعن، أو علق على البيع طلاقاً أو عتقاً، ثم أقال، فإن قلنا: هي بيع؛ ترتبت عليها أحكامه من البر والحنث، وإلا؛ فلا، وقد يقال: الأيمان تنبني على العرف، وليس في العرف أن الإقالة بيع.

-**الفائدة التاسعة عشر**: تقايلا في بيع فاسد، ثم حكم الحاكم بصحة العقد ونفوذه؛ فهل يؤثر حكمه؟

إن قلنا: هي بيع؛ فحكمه بصحة العقد الأول صحيح لأن العقد باقٍ، وقد تأكد بترتب عقد آخر عليه، وإن قلنا: هي فسخ؛ لم ينفذ لأن العقد ارتفع بالإقالة؛ فصار كأنه لم يوجد، ويحتمل أن ينفذ وتلغى الإقالة؛ لأنها تصرف في بيع فاسد قبل الحكم بصحته فلم ينفذ ولم يؤثر فيه شيئاً، هذا ظاهر ما ذكره ابن عقيل في «عمد الأدلة».

-**الفائدة العشرون**: لو باع ذمي ذمياً آخر خمراً، وقبضت دون ثمنها، ثم أسلم البائع وقلنا: يجب له الثمن، فأقال المشتري فيها، فإن قلنا: الإقالة بيع؛ لم يصح لأن شراء المسلم الخمر لا يصح، وإن قلنا: هي فسخ؛ احتمل أن يصح، فيرتفع بها العقد ولا يدخل في ملك المسلم؛ فهي في معنى إسقاط الثمن عن المشتري، واحتمل أن لا يصح؛ لأنه استرداد لملك الخمر؛ كما قال أصحابنا في المحرم: إنه لا يسترد الصيد بخيار ولا غيره، فإن رد عليه بذلك؛ صح الرد ولم يدخل في ملكه، فيلزمه إرساله. وفي «التلخيص»: لو رد العبد المسلم على بايعه الكافر بعيب؛ صح ودخل في ملكه لأنه قهري؛ كالإرث؛ فيمكن أن يقال في رد الصيد على المحرم بعيب ورد الخمر على المسلم بالعيب كذلك إذا قلنا: يملكان بالقهر.

-**الفائدة الحادية والعشرون**: الإقالة؛ هل تصح بعد موت المتعاقدين؟

ذكر القاضي في موضع من «خلافه» أن خيار الإقالة يبطل بالموت، ولا يصح بعده، وقال في موضع آخر: إن قلنا: هي بيع؛ صحت من الورثة، وإن قلنا: فسخ؛ فوجهان.

٦-السادسة: النقود؛ هل تتعين بالتعيين في العقد أم لا؟

في المسألة روايتان عن أحمد، أشهرهما أنها تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات، حتى إن القاضي في «تعليقه» أنكر ثبوت الخلاف في ذلك في المذهب، والأكثرون أثبتوه.

ولهذا الخلاف فوائد كثيرة:

منها: إنه يحكم بملكها للمشتري بمجرد التعيين؛ فيملك التصرف فيها، وإذا تلفت تلفت من ضمانه على المذهب، وعلى الرواية الأخرى: لا يملكها بدون القبض؛ فهي قبله ملك البائع، وتتلف من ضمانه.

ومنها: لو بان الثمن مستحقاً؛ فعلى المذهب الصحيح يبطل العقد؛ لأنه وقع على ملك الغير؛ فهو كما لو اشترى سلعة فبانت مستحقة، وعلى الثانية: لا يبطل، وله البدل.

وها هنا مسألة مشكلة على قاعدة المذهب، وهي إذا غصب نقوداً فاتجر فيها وربح؛ فإن نصوص أحمد متفقة على أن الربح للمالك؛ فمن الأصحاب من بناه على القول بوقف تصرف الغاصب على الإجازة؛ كابن عقيل وصاحب «المغني»[1]، ومنهم من بناه على أن تصرفات الغاصب صحيحة بدون إجازة؛ لأن مدته تطول، فيشق استدراكها، وفي القضاء ببطلانها ضرر عليه، وعلى المالك بتفويته الربح، وهي طريقة صاحب «التلخيص»، والصحة عنده مختصة بالتصرف الكثير.

وأشار إليه صاحب «المغني» أيضاً، وأن ما لم يدركه المالك ولم يقدر على استرجاعه يصح التصرف فيه بدون إجازة لهذا المعنى، ومن الأصحاب من نزله على أن الغاصب اشترى في ذمته ثم نقد الثمن، وهي طريقة القاضي في بعض كتبه وابن عقيل في موضع آخر، ويشهد لهذا أن المروذي نقل عن أحمد التفرقة بين الشراء بعين الغصب والشراء في الذمة؛ فتنزل نصوصه

(١) «المغني» (٥/ ١٥٩-١٦٠).

المطلقة على هذا المقيد، وإنما كان الربح للمالك مع أن الشراء للمالك وقع للغاصب؛ لأنه نتيجة ملك المغصوب منه وفائدته؛ فهو كالمتولد من عينه، ويحتمل أن يخرج ذلك على رواية عدم تعيين النقود بالتعيين في العقد؛ فيبقى كالشراء في الذمة سواء.

ومنها: إذا بان النقد المعين معيباً؛ فله حالتان:

إحداهما: أن يكون عيبه من غير جنسه؛ فيبطل العقد من أصله، نص عليه وذكره الخرقي والأصحاب، وعللوه بأنه زال عنه اسم الدينار والدرهم بذلك؛ فلم يصح العقد عليه، كما لو عقد على شاة فبانت حماراً، وأومأ إليه أحمد في «رواية الميموني»؛ فقال: إن كان ذهباً؛ حمل عليه مسن ودخل فيه شيء من الفضة أو النحاس، أو خالطه غيره؛ فقد زال عنه اسم الذهب لما دخل فيه، وهذا متوجه إذا كان كله أو غالبه كذلك، وأما إن كان فيه يسير من غير جنسه؛ فلا يزول عنه الاسم بالكلية؛ فلا ينبغي بطلان العقد ها هنا بالكلية، وهذا ظاهر كلام أبي محمد التميمي في «خصاله»[1]، ويحتمل أن يبطل العقد ها هنا لمعنى آخر، وهو أن البائع لا يمكن إجباره على قبول هذا، وإنما باع بدينار كامل، والمشتري لا يجبر على دفع بقيمة الدينار؛ لأنه إنما اشترى بهذا الدينار المتعين؛ فبطل العقد، ويحتمل أن يصح البيع بما في الدينار من الذهب بقسطه من المبيع ويبطل في الباقي، وللمشتري الخيار لتبعض المبيع عليه.

وأصل هذين الاحتمالين: الروايتان فيما إذا باعه أرضاً معينة على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة، ويحتمل أن يصح البيع كله بدينار، ويلزم المشتري تتمة الدينار من غيره ذهباً؛ لأن العقد وقع على دينار كامل، فإذا بان دونه؛ وجب إتمامه جمعاً بين مقصدي التعيين والتسمية، وأصل هذا الوجه ما نص عليه أحمد في «رواية ابن منصور»[2] فيمن اشترى سمناً في ظرف، فوجد فيه رباً: إن كان سماناً عنده سمن أعطاه بوزنه سمناً، وإن لم يكن عنده سمن؛ أعطاه بقدر الرُّب[3] من الثمن، وإنما فرق بين السمان وغيره؛ لأن السمان شأنه بيع السمن؛ فكأنه باعه بمقدار

---

(١) الكتاب اسمه «الخصال والأقسام» لرزق الله بن عبدالوهاب بن عبدالعزيز التميمي (ت٤٨٨هـ) وهو كتاب مفقود.

(٢) مسائل أحمد لابن منصور (٤٣٣-٤٤٤).

(٣) الرُّب: هو عصارة الأشياء المطبوخة، ويقصد بها هنا الدِّبس، ولا تزال هذه الكلمة تستعمل في بلاد الشام ليومنا هذا وتطلق على عصارة الطماطم ولكن بلفظ (الرَّب) (بفتح الراء) فيقال (رَب البندوري) والصحيح (رُبّ) بالضم.

الظرف سمناً، وأما غيره؛ فإنما باعه هذا الظرف المعين، والنقود من جنس الأول لا الثاني.

الحالة الثانية: أن يكون عيبها من جنسها ولم ينقص وزنها؛ كالسواد في الفضة؛ فالبائع بالخيار بين الإمساك والفسخ، وليس له البدل لتعيين النقد في العقد، ومتى أمسك؛ فله الأرش إلا في صرفها بجنسها، صرح به الحلواني وابنه وصاحب «المحرر»[1]، وفي بعض نسخ الخرقي ما يقتضيه، وظاهر كلام أبي الخطاب خلافه؛ فهذا كله تفريع على رواية تعيين النقود، فأما على الأخرى؛ فلا يبطل العقد بحال إلا أن يتفرقا والعيب من غير الجنس؛ لفوات قبض المعقود عليه في المجلس، ولا فسخ بذلك، وإنما يثبت به البدل دون الأرش؛ لأن الواجب في الذمة دون المعين.

ومنها: إذا باعه سلعة بنقد معين؛ فعلى المشهور: لا يجبر واحد منهما على البداءة بالتسليم، بل ينصب عدل يقبض منهما، ثم يقبضهما لتعلق حق كل منهما بعين معينة؛ فهما سواء، وعلى الرواية الأخرى: هو كما لو باعه بنقد في الذمة؛ فيجبر البائع أولاً على التسليم لتعلق حق المشتري بالعين دونه، ونص عليه أحمد في «رواية ابن منصور»، وتأوله القاضي على أن البيع وقع على ثمن في الذمة.

ومنها: لو باعه سلعة بنقد معين وقبضه البائع من المشتري، ثم أتاه به، فقال: هذا الثمن، وقد خرج معيباً، وأنكر المشتري؛ ففيه طريقان:

إحداهما: إن قلنا: النقود تتعين بالتعيين؛ فالقول قول المشتري؛ لأنه يدعي عليه استحقاق الرد، والأصل عدمه، وإن قلنا لا تتعين؛ فوجهان:

أحدهما: القول قول المشتري أيضاً؛ لأنه أقبض في الظاهر ما عليه.

والثاني: قول القابض؛ لأن الثمن في ذمته والأصل اشتغالها به؛ إلا أن يثبت براءتها منه، وهذه طريقة السامري في «المستوعب».

والطريقة الثانية: إن قلنا: النقود لا تتعين؛ فالقول قول البائع وجهاً واحداً؛ لأنه قد ثبت اشتغال ذمة المشتري بالثمن، ولم يثبت براءتها منه، وإن قلنا: تتعين؛ فوجهان مخرجان من

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٢١).

الروايتين فيما إذا ادعى كل من المتبايعين أن العيب حدث عنده في السلعة:

أحدهما: القول قول البائع؛ لأنه يدعي سلامة العقد والأصل عدمه، ويدعي عليه ثبوت الفسخ والأصل عدمه.

والثاني: قول القابض؛ لأنه منكر التسليم المستحق، والأصل معه، وهذه طريقة القاضي في بعض تعاليقه، وجزم صاحبا «المغني» و«المحرر»[1] بأن القول قول البائع إذا أنكر أن يكون المردود بالعيب هو المبيع، ولم يحكيا خلافاً ولا فصلاً بين أن يكون المبيع في الذمة أو معيناً نظراً إلى أنه يدعي عليه استحقاق الرد، والأصل عدمه.

وذكر الأصحاب مثل ذلك في مسائل الصرف، وفرق السامري في «فروقه» بين أن يكون المردود بعيب وقع عليه العقد معيناً؛ فيكون القول قول البائع، وبين أن يكون في الذمة؛ فيكون القول قول المشتري؛ لما تقدم؛ فكذلك حكم الثمن، وهذا فيما إذا أنكر المدعى عليه العيب أن ماله كان معيباً، أما إن اعترف بالعيب بعد فسخ صاحبه وأنكر أن يكون هو هذا المعين؛ فالقول قول من هو في يده، صرح به في التفليس من «المغني»[2]؛ معللاً بأنه ينكر استحقاق ما ادعاه عليه الآخر، والأصل معه، ويشهد له أن المبيع في مدة الخيار إذا رده المشتري بالخيار فأنكر البائع أن يكون هو المبيع؛ فالقول قول المشتري، حكاه ابن المنذر عن أحمد لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بالخيار، وبذلك وجهه صاحب «المغني»[3]، وقد ينبني ذلك على أن المبيع بعد الفسخ بعيب ونحوه هل هو أمانة في يد المشتري أو مضمون عليه؟

وفيه خلاف سبق ذكره؛ فإن الأمانات القول قول من هي في يده مع الاختلاف في عينها، وقد نص عليه أحمد في الرهن، وكذلك نص في اختلاف المتبايعين في عين المبيع المعين قبل قبضه أن القول قول البائع، وقد يكون مأخذه أنه أمانة عنده، ومن الأصحاب من علل بأن الأصل براءة ذمة البائع مما يدعى عليه؛ فهو كما لو أقر بعين لرجل، ثم أحضرها، فأنكر المقر له أن

---

(١) «المغني» (٤/ ١٢١)، «المحرر» (١/ ٣٢٧).

(٢) «المغني» (٤/ ٢٧٥).

(٣) «المغني» (٤/ ١٢٢).

تكون هي المقر بها؛ فإن القول قول المقر مع يمينه.

ومنها: لو كان عبد بين شريكين، قيمة نصيب كل منهما عشرة دنانير، فقال رجل يملك عشرة دنانير لا يملك غيرها لأحدهما: أعتق نصيبك عني على هذه الدنانير العشرة، ففعل؛ عتق نصيب المسؤول عن السائل، وهل يسري عليه إلى حصة الآخر أم لا؟

إن قلنا: إن النقود تتعين بالتعيين؛ لم يسر لأن المسؤول ملكها عليه بالعقد، فلم يبق في ملك السائل شيء؛ فصار معسراً، وإن قلنا: لا يتعين؛ سرى إلى حصة الشريك؛ كما لو اشترى ذلك النصيب بثمن في الذمة لأنه مالك لقيمة حصة الآخر، وذكره السامري في «فروقه»، ويفيد هذا أن الدين المستغرق لا يمنع السراية.

٧-**السابعة: العبد؛ هل يملك بالتمليك أم لا؟**

في المسالة روايتان عن أحمد:

أشهرهما عند الأصحاب: إنه لا يملك، وهو اختيار الخرقي وأبي بكر والقاضي والأكثرين.

والثانية: يملك، اختارها ابن شاقلا، وصححها ابن عقيل وصاحب «المغني».

ولهذا الخلاف فوائد كثيرة جداً:

فمنها: لو ملك السيد عبده مالاً زكوياً، فإن قلنا: لا يملكه؛ فزكاته على السيد لأنه ملكه، وإن قلنا: يملكه؛ فلا زكاة على السيد لانتفاء ملكه له، ولا على العبد؛ لأن ملكه مزلزل، ولهذا لم يلزمه فيه نفقة الأقارب، ولا يعتق عليه رحمه بالشراء، هذا ما قاله أكثر الأصحاب، منهم أبو بكر والقاضي، وهو ظاهر كلام الخرقي، وفي كلام أحمد إيماء إليه.

وحكى بعض الأصحاب رواية بوجوب زكاته على العبد على القول بأنه ملكه، ومنهم من اشترط مع ذلك إذن السيد؛ لقول أحمد: يزكيه بإذن سيده، وإنما مراده أن المال للسيد وزكاته عليه، والعبد كالوكيل والمودع؛ فلا يزكى بدون إذنه.

وعن ابن حامد أنه ذكر احتمالاً بوجوب زكاته على السيد على كلا القولين؛ لأنه إما ملك له أو في حكم ملكه لتمكنه من التصرف فيه؛ كسائر أمواله.

ومنها: إذا ملكه سيده عبداً وأهلَّ عليه هلال الفطر، فإن قلنا: لا يملكه؛ ففطرته على السيد، وإن قلنا: يملكه؛ فوجهان:

أحدهما: لا فطرة له على أحد، قاله القاضي وابن عقيل اعتباراً بزكاة المال؛ كما سبق.

والثاني: فطرته على السيد، صححه صاحب «المغني»[1]؛ لأن نفقته على السيد فكذلك فطرته.

ومنها: تكفيره بالمال في الحج والأيمان والظهار ونحوها، وفيه للأصحاب طرق:

أحدها: البناء على ملكه وعدمه، فإن قلنا: يملك؛ فله التكفير بالمال في الجملة، وإلا؛ فلا، وهذه طريقة القاضي وأبي الخطاب وابن عقيل وأكثر المتأخرين؛ لأن التكفير بالمال يستدعي ملك المال، فإذا كان هذا غير قابل للملك بالكلية؛ ففرضه الصيام خاصة، وعلى القول بالملك؛ فإنه يكفر بالإطعام، وهل يكفر بالعتق؟ على روايتين؛ لأن العتق يقتضي الولاء والولاية والإرث، وليس العبد من أهلها، وهل يلزمه التكفير بالمال، أم يجوز له مع إجزاء الصيام المتوجه؟

إنه إن كان في ملكه مال، فأذن له السيد بالتكفير منه؛ لزمه ذلك، وإن لم يكن في ملكه، بل أراد السيد أن يملكه ليكفر؛ لم يلزمه؛ كالحر المعسر إذا بذل له مال.

وعلى هذا يتنزل ما ذكره صاحب «المغني»[2] من لزوم التكفير بالمال في الحج ونفي اللزوم في الظهار.

الطريقة الثانية: إن في تكفيره بالمال بإذن السيد روايتين مطلقتين، سواء قلنا: يملك أو لا يملك، حكاها القاضي في «المجرد» عن شيخه ابن حامد وغيره من الأصحاب، وهي طريقة أبي بكر؛ فوجه عدم تكفيره بالمال مع القول بالملك أن ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة، ولذلك لم يجب فيه الزكاة ولا نفقة الأقارب؛ فكذلك الكفارات.

---

(١) «المغني» (٢/ ٣٦١).
(٢) «المغني» (٨/ ٣١-٣٢).

ولوجه تكفيره بالمال مع القول بانتفاء ملكه مأخذان:

أحدهما: إن تكفيره بالمال إنما هو تبرع له من السيد وإباحة له أن يكفر من ماله، والتكفير عن الغير لا يشترط دخوله في ملك المكفر عنه، كما نقول في رواية في كفارة المجامع في رمضان إذا عجز عنها، وقلنا: لا يسقط، فكفر غيره عنه بإذنه؛ جاز أن يدفعها إليه، وكذلك في سائر الكفارات على إحدى الروايتين، ولو كانت قد دخلت في ملكه؛ لم يجز أن يأخذها هو؛ لأنه لا يكون حينئذ إخراجاً للكفارة.

والمأخذ الثاني: إن العبد يثبت له ملك قاصر بحسب حاجته إليه، وإن لم يثبت له الملك المطلق التام؛ فيجوز أن يثبت له في المال المكفر به ملك يبيح له التكفير بالمال دون بيعه وهبته؛ كما أثبتنا له في الأمة ملكاً قاصراً يبيح التسري بها دون بيعها وهبتها على ما سنذكره، وهذا اختيار الشيخ تقي الدين.

ووجه التفريق بين العتق والإطعام: إن التكفير بالعتق محتاج إلى ملك، بخلاف الإطعام ذكره ابن أبي موسى، ولهذا لو أمر من عليه الكفارة رجلاً أن يطعم عنه، ففعل؛ أجزأته، ولو أمر أن يعتق عنه؛ ففي إجزائه عنه روايتان، ولو تبرع الوارث بالإطعام الواجب عن موروثه؛ صح، ولو تبرع عنه بالعتق؛ لم يصح، ولو أعتق الأجنبي عن كفارة الميت؛ لم يصح، ولو أطعم عنه؛ فوجهان.

الطريقة الثالثة: إنه لا يجزئه التكفير بغير الصيام بحال على كلا الروايتين، وهي ظاهر كلام أبي الخطاب في كتاب الظهار وصاحب «التلخيص» وغيرهما؛ لأن العبد وإن قلنا: إنه يملك؛ فإن ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة كما سبق؛ فلا يكون مخاطباً بالتكفير بالمال بالكلية؛ فلا يكون فرضه غير الصيام بالأصالة، بخلاف الحر العاجز؛ فإنه قابل للتملك، ومن ها هنا -والله أعلم- قال الخرقي في العبد إذا حنث ثم عتق: إنه لا يجزئه التكفير بغير الصوم، بخلاف الحر المعسر إذا حنث ثم أيسر، وقال أيضاً في العبد إذا فاته الحج: إنه يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوماً، وقال في الحر المعسر: إنه يصوم في الإحصار صيام المتمتع، والفرق بينهما أن العبد ليس من أهل الملك القابل لتعلق الواجبات به؛ فيتعلق به وجوب الصيام بالأصالة، وفدية

الفوات والإحصار لم يرد فيها نص بغير الهدي، فأوجبنا على العبد صياماً يقوم مقام الهدي، ويتعدل بقيمة الشاة، كما وجب في جزاء الصيد؛ لأن هذا صيام واجب بالأصالة، ليس بدلاً عن الهدي، وهو معدل بالهدي وشبيه به؛ فيكون فرض العبد بالأصالة بخلاف الحر المعسر، فإن الواجب في ذمته بالأصالة هو الهدي، فإذا عجز عنه؛ انتقل إلى البدل الذي شرع للهدي، وهو صيام المتعة.

ومنها: إذا باع عبداً وله مال، وفيه للأصحاب طرق:

إحداها: البناء على ملك العبد وعدمه، فإن قلنا: يملك؛ لم يشترط معرفة المال ولا سائر شرائط البيع فيه لأنه غير داخل في العقد، وإنما اشترط تبقيته على ملك العبد ليكون عبداً ذا مال، وذلك صفة في العبد لا يفرد بالمعاوضة، وهو كبيع المكاتب الذي له مال، وإن قلنا: لا يملك؛ اشترط لماله معرفته، وأن يبيعه بغير جنس المال أو بجنسه، بشرط أن يكون الثمن أكثر على رواية، ويشترط التقابض؛ لأن المال حينئذ داخل في عقد البيع، وهذه طريقة القاضي في «المجرد» وابن عقيل وأبي الخطاب في «انتصاره» وغيرهم.

والطريقة الثانية: اعتبار قصد المال وعدمه لا غير، فإن كان المال مقصوداً للمشتري؛ اشترط علمه وسائر شروط البيع، وإن كان غير مقصود، بل قصد المشتري تركه للعبد لينتفع به وحده؛ لم يشترط ذلك لأنه تابع غير مقصود، وهذه الطريقة هي المنصوصة عن أحمد، واختيار أكثر أصحابه؛ كالخرقي وأبي بكر والقاضي في «خلافه»، وكلامه ظاهر في الصحة، وإن قلنا: إن العبد لا يملك، وترجع المسألة على هذه الطريقة إلى بيع ربوي بغير جنسه، ومعه من جنسه ما هو غير مقصود، وقد استوفينا الكلام عليها في القواعد، ورجح صاحب «المغني» هذه الطريقة.

والطريقة الثالثة: الجمع بين الطريقتين، وهي طريقة القاضي في «الجامع الكبير» وصاحب «المحرر»[1]، ومضمونها أنا إن قلنا: العبد يملك؛ لم يشترط لماله شروط البيع بحال، وإن قلنا: لا يملك؛ فإن كان المال مقصوداً للمشتري؛ اشترط له شرائط البيع، وإن كان غير مقصود له؛ لم يشترط له ذلك.

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٤٨).

ومنها: إذا أذن المسلم لعبده الذمي أن يشتري له بماله عبداً مسلماً، فاشتراه، فإن قلنا: يملك؛ لم يصح شراؤه له، وإن قلنا: لا يملك؛ صح وكان ملكاً للسيد، قال الشيخ مجد الدين: هذا قياس المذهب عندي.

قلت: ويتخرج فيه وجه آخر: لا يصح على القولين بناءً على أحد الوجهين: إنه لا يصح شراء الذمي لمسلم بالوكالة، ولو كان بالعكس بأن يأذن الكافر لعبده المسلم الذي يثبت ملكه عليه أن يشتري بماله رقيقاً مسلماً، فإن قلنا: يملك؛ صح وكان العبد له، وإن قلنا: لا يملك؛ لم يصح.

ومنها: تسري العبد، وفيه طريقان:

أحدهما: بناؤه على الخلاف في ملكه، فإن قلنا: يملك؛ جاز تسريه، وإلا؛ فلا لأن الوطء بغير نكاح ولا ملك يمين محرم بنص الكتاب والسنة، وهي طريقة القاضي والأصحاب بعده.

والثانية: يجوز تسرية على كلا الروايتين، وهي طريقة الخرقي وأبي بكر وابن أبي موسى، ورجحها صاحب «المغني»[1].

وهي أصح؛ فإن نصوص أحمد لا تختلف في إباحة التسري له؛ فتارة علل بأنه يملك، وتارة اعترف بأنه خلاف القياس وأنه جاز لإجماع الصحابة عليه، وهذا يقتضي أنه أجاز له التسري، وإن قيل: إنه لا يملك اتباعاً للصحابة في ذلك، ووجهه أن العبد، وإنْ قيل: إنه لا يملك؛ فلا بد من أن يثبت له ملك ما يحتاج إلى الانتفاع به، ولذلك يملك عقد النكاح، وهو ملك لمنفعة البضع؛ فكذلك يملك التسري ويثبت له هذا الملك الخاص لحاجته إليه، ولا يجوز تسريه بدون إذن، نص عليه في رواية جماعة؛ كنكاحه، ولأنه لا يملك التصرف في ماله بما يتلف ماليته، ويضرُّ به؛ لتعلق حق السيد به، والتسري فيه إضرار بالجارية، وتنقيص لماليتها بالوطء والحمل، وربما أدى إلى تلفها.

ونقل عنه أبو طالب وإبراهيم بن هانئ: يتسرى العبد في ماله، كان ابن عمر يتسرى عبيده

---

(١) «المغني» (٧/ ٦٥-٦٦).

في ماله[١]؛ فلا يعيب عليهم. قال القاضي فيما علقه على حواشي «الجامع» للخلال: ظاهر هذا أنه يجوز تسريه من غير إذن؛ لأنه مالك له. انتهى.

ويمكن أن يحمل نص باشتراط الإذن على التسري من مال سيده إذا كان مأذوناً له ونصه بعدم اشتراطه على تسريه في مال نفسه الذي يملكه، وقد أومأ إلى هذا في رواية جماعة، وهو الأظهر.

ونقل الأثرم عنه في الرجل يهب لعبده جارية: لا يطأها، ولكنه يتسرى في ماله إذا أذن له سيده. وفسر ماله بمال العبد الذي في يديه، وهذا نص باعتبار الإذن في التسري من ماله نفسه، وتفريقه بين ذلك وبين الأمة التي يملكها السيد فيه إشكال، ولعله منع الوطء بدون إذن السيد؛ فيكون ذلك منه اشتراطاً لإذن السيد بكل حال.

واعلم أن الإمام أحمد رحمه الله تعالى متردد في تسري العبد بأمة سيده ونكاحه؛ هل هما جنس واحد أم لا؟ فقال في «رواية حنبل»: لا يبيع أمته المزوجة بعبده حتى يطلقها العبد. فجعله تمليكاً لازماً، ونقل عنه الأكثرون جوازه، واختلف عنه في بيع سرية عبده؛ فنقل عنه الميموني الجواز، ونقل عنه جعفر بن محمد المنع، معللاً بأن التسري بمنزلة النكاح، يريد أنه لازم لا يجوز له الرجوع فيه، وكذا نقل عنه ابن ماهان وغيره.

واختلف عنه في جواز تسري العبد بأكثر من أمتين؛ فنقل عنه الميموني الجواز، وأبو الحارث المنع؛ كالنكاح، ولم يختلف عنه في أن عتق العبد وسريته يوجب تحريمها عليه؛ لزوال ملكه عنها، ونقله عن ابن عمر[٢]، واختلف عنه في عتق العبد وزوجته؛ هل ينفسخ به النكاح؟

على روايتين بناءً على تغليب جهة التمليك فيه أو جهة النكاح.

وقد استشكل أكثر هذه النصوص القاضي، وربما أولها ونزلها على ما ذكره الشيخ تقي الدين[٣]، وهذه المسائل المذكورة منصوصة عن السلف حكماً وتعليلاً كما ذكرنا، وكذلك قال

---

(١) أثر ابن عمر عند عبدالرزاق (١٢٨٣٦)، والبيهقي (٧/ ١٥٢).

(٢) عبدالرزاق (١٢٨٤٥).

(٣) «الاختيارات» (٢٢٣).

الشيخ مجد الدين: ظاهر كلام أحمد إباحة التسري للعبد، وإن قلنا: لا يملك؛ فيكون نكاحاً عنده. وحمل قول أبي بكر على مثل ذلك، وعلى هذا؛ فهل يشترط له الإشهاد؟ وكلام أحمد يقتضي استحبابه لا غير، وفي ثبوت المهر به خلاف معروف.

ومنها: لو باع السيد عبدهُ نفسه بمال في يده؛ فهل يعتق أم لا؟

المنصوص عن أحمد أنه يعتق بذلك، وذكره الخرقي مع قوله: إن العبد لا يملك، ونزله القاضي على القول بالملك؛ فيكون دخول السيد مع عبده في بيعه نفسه بماله إقراراً له على ملكه؛ فيصح بيعه ويعتق، وإن قلنا: لا يملك؛ لم يصح بيعه؛ فلا يعتق، ويحتمل أن يقال: بيعه نفسه هنا كناية عن عتقه؛ فيعتق به بكل حال، ولهذا قال الأصحاب: إن بيع السيد عبده نفسه بمال تعليق لعتقه على التزامه؛ فيعتق على ملك السيد؛ فيكون ها هنا تعليقاً على إيفاء هذا المال؛ فيعتق به، أما إن دفع العبد مالاً إلى رجل ليشتريه به من سيده، ففعل وأعتقه المشتري؛ فهل يصح العقد ويعتق؟

إن اشتراه الرجل في الذمة ثم نقد المال؛ صح وعتق، وإن اشتراه بعين المال؛ انبنى على الروايتين في تعيين النقود بالتعيين على ما سبق، والمنصوص عن أحمد في «رواية عبد الله»[1] و«أبي الحارث» و«أبي داود» البطلان، معللاً بما ذكرنا، وذكره الخرقي.

والفرق بين هذه والتي قبلها: إن السيد لم يعلم ها هنا أنها ماله؛ فلا يكون إقراراً لها على ملك العبد، ونص في «رواية مُهَنَّا» و«حنبل» على أنه يعتق ويغرم المشتري الثمن، وهذا قد يتنزل على القول بأن النقود لا تتعين، وقد يتنزل مع القول بالتعيين على أنه عقد فاسد مختلف فيه؛ فينفذ فيه العتق؛ كما ينفذ الطلاق في النكاح المختلف فيه، وهو أحد الوجهين للأصحاب في العتق.

وكذلك نقل مهنأ عنه في عبد دفع إلى رجل ألف درهم من مال رجل آخر، فاشتراه بها من سيده وأعتقه: إنه يرجع صاحب المال بماله، فإن استهلك؛ كان ديناً على العبد، ويعتق العبد.

---

(١) مسائل أحمد لابنه عبدالله (٣٩٨).

وحمل القاضي في موضع من «المجرد» وتبعه ابنُ عقيل المسألةَ على أن العبد وكَّل الرجلَ في شراء نفسه من سيده؛ فيكون المشتري وكيلاً للعبد، ويكون وكالة صحيحة، قال الشيخ مجد الدين: فعلى هذا يكون قد عتق في الباطن في الحال، ويلزم المشتري الثمن، ويرجع به على العبد. وقال أيضاً في موضع آخر: هذا فيه إشكال؛ لأن العبد عندنا لا يصح أن يشتري من سيده شيئاً بنفسه؛ فكيف يصح توكيله فيه؟! ولهذا قال أحمد: لا رِبَا بين العبد وسيده. قال: ويحتمل أن يصح ذلك بناءً على أن العبد يملك ويلتزم عليه جريان الربا بينهما. قال: ويحتمل أن تكون هذه المسألة غلطاً في كتابيهما (يعني: القاضي وابن عقيل)، وأن الصواب في ذلك أن يقال: إذا وكل رجل العبد في شراء نفسه من سيده.

ومنها: إذا أعتق السيد عبده وله مال؛ فهل يستقر ملكه للعبد، أم يكون للسيد؟

على روايتين؛ فمنهم من بناهما على القول بالملك وعدمه، فإن قلنا: يملكه؛ استقر ملكه عليه بالعتق، وإلا؛ فلا، وهي طريقة أبي بكر والقاضي في «خلافه» وصاحب «المحرر»، ومنهم من جعل الروايتين على القول بالملك.

ومنها: لو اشترى العبد زوجته الأمة بماله، فإن قلنا: يملك؛ انفسخ نكاحه، وإن قلنا: لا يملك؛ لم ينفسخ.

ومنها: لو ملكه سيده أمة، فاستولدها، فإن قلنا: لا يملك؛ فالولد ملك للسيد، وإن قلنا: يملك؛ فالولد مملوك للعبد، لكنه لا يعتق عليه حتى يعتق، فإذا عتق ولم ينزعه سيده منه قبل عتقه؛ عتق عليه لتمام ملكه حينئذ، ذكره القاضي في «المجرد».

ومنها: هل ينفذ تصرف السيد في مال العبد دون استرجاعه؟

إن قلنا: العبد لا يملك؛ صح بغير إشكال، وإن قلنا: يملك؛ فظاهر كلام أحمد أنه ينفذ عتق السيد لرقيق عبده، قال القاضي في «الجامع الكبير»: فيحتمل أن يكون رجع فيه قبل عتقه. قال: وإن حمل على ظاهره؛ فلأن عتقه يضمن الرجوع في التمليك.

ومنها: الوقف على العبد؛ فنص أحمد على أنه لا يصح؛ فقيل: إن ذلك يتفرع على القول بأنه لا يملك، فأما إن قيل: إنه يملك؛ صح الوقف عليه؛ كالمكاتب في أظهر الوجهين،

والأكثرون على أنه لا يصح الوقف عليه على الروايتين؛ لضعف ملكه.

ومنها: وصية السيد لعبده بشيء من ماله، فإن كان بجزء مشاع منه؛ صح، وعتق من العبد بنسبة ذلك الجزء؛ لدخوله في عموم المال وكمل عتقه من بقية الوصية، نص عليه؛ فقيل: لأن الوصية إنما صحت لعتقه؛ فتقديم العتق أهم وأنفع له، وقيل: بل الجزء الشائع الموصى به غير متعين؛ فعين في العبد تصحيحاً للوصية مهما أمكن، ويحتمل أن يقال: ملك بالوصية جزءاً مشاعاً من نفسه؛ فعتق عليه وملك به بقية الوصية، فصار موسراً؛ فسرى العتق إلى الباقي مضموناً بالسراية من بقية الوصية؛ إذ لا مال له سواها، كمن ملك بعض ذي رحم محرم منه بفعله، وأولى.

وهذا المأخذ منقول عن ابن سيرين صريحاً، وهو حسن، وفي كلام أبي الحسن التميمي ما يشعر به أيضاً.

وخرَّج بعضهم أنه يعتق منه بنسبة الوصية من المال؛ فيسري العتق إلى جميعه إذا احتمله الثلث بناءً على القول بالسراية بالوصية بعد الموت، ويكمل له بقية الوصية من المال إن حمل الثلث ذلك، وإن كانت الوصية بجزء معين أو مقدر؛ ففي صحة الوصية روايتان، أشهرهما عدم الصحة؛ فمن الأصحاب من بناهما على أن العبد هل يملك أم لا، وأشار إلى ذلك أحمد في «رواية صالح»، وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازي وابن عقيل وغيرهم، ومنهم من حمل الصحة على أن الوصية بقدر المعين أو المقدر من التركة لا بعينه؛ فيعود إلى الجزء المشاع، وهو بعيد جداً.

ومنها: لو غزا العبد على فرس ملكه إياها سيده، فإن قلنا: يملكها؛ لم يسهم لها لأن الفرس تبع لمالكها، فإذا كان مالكها من أهل الرضخ؛ فكذلك فرسه، وإن قلنا: لا يملكها؛ أسهم لها لأنها لسيده، كذا قال الأصحاب، والمنصوص عنه أحمد في «رواية الحكم» أنه يسهم لفرس العبد، وتوقف مرة أخرى وقال: لا يسهم لها بحال، ونقل عنى أبو طالب أنه إذا غزا العبد مع سيده ومعه فرسان ومع سيده فرسان يسهم لفرسي السيد ولا يسهم لفرسي العبد؛ لأن الكل للسيد، ولا يسهم لأكثر من فرسين.

تنبيه:

الخلاف في ملك العبد بالتمليك؛ هل هو مختص بتمليك سيده أم لا؟

قال صاحب «التلخيص»: هو مختص به؛ فلا يملك من غير جهته، وكلام الأكثرين يدل على خلافه، ويتفرع على ذلك مسائل:

منها: ملكه اللقطة بعد الحول؛ قال طائفة من الأصحاب: ينبني على روايتي الملك وعدمه؛ جعلاً لتمليك الشارع كتمليك السيد، وظاهر كلام ابن أبي موسى أنه يملك اللقطة، وإن لم يملك بتمليك سيده؛ لأنه تمليك شرعي يثبت قهراً، فيثبت له حكماً، وفارق الميراث؛ لأن العبد ليس من أهله لانقطاع تصرفه، وهنا هو من أهل الحاجة إلى المال وعند صاحب «التلخيص»: لا يملكها بغير خلاف، وكذلك في «الهداية» و«المغني»[1]: إنها ملك لسيده.

ومنها: حيازته للمباحات؛ من احتطاب أو احتشاش أو اصطياد أو معدن أو غير ذلك؛ فمن الأصحاب من قال: هو ملك لسيده دونه رواية واحدة؛ كالقاضي وابن عقيل؛ لأن جوارح العبد ومنافعه ملك لسيده؛ فهي كيد نفسه؛ فالحاصل في يد عبده كالحاصل في يده حكماً.

نعم، لو أذن السيد له في ذلك؛ فهو كتمليكه إياه، ذكره القاضي وغيره، وخرج طائفة المسألة على الخلاف في ملك العبد وعدمه منهم الشيخ مجد الدين، وقاسه على اللقطة، وهو ظاهر كلام ابن عقيل في موضع آخر.

ومنها: إذا وُصي للعبد أو وُهبَ له وقبله بإذن سيده أو بدونه إذا أجزنا له ذلك على المنصوص؛ فالمال للسيد، نص عليه في «رواية حنبل»، وذكره القاضي وغيره، وبناه ابن عقيل وغيره على الخلاف في ملك العبد.

ومنها: لو خالع العبد زوجته بعوض؛ فهو للسيد، ذكره الخرقي، وظاهر كلام ابن عقيل بناؤه على الخلاف في ملك العبد، ويعضده أن العبد هنا يملك البضع؛ فملك عوضه بالخلع لأن من ملك شيئاً ملك عوضه، فأما مهر الأمة؛ فهو للسيد بغير خلاف؛ لأنه عوض عن ملك

(١) «المغني» (٦/ ٢٦).

السيد، وهو منفعة البضع؛ فيكون تملكاً له؛ كأجرة العبد له، بخلاف ما تقدم؛ فإنه ليس عوضاً عن ملكه.

٨-الثامنة المضارب: هل يملك الربح بالظهور أم لا؟

ذكره أبو الخطاب أنه يملك بالظهور رواية واحدة، وقال الأكثرون: في المسألة روايتان:

إحداهما: يملكه بالظهور، وهي المذهب المشهور.

والرواية الثانية: لا يملكه بدون القسمة، ونصرها القاضي في «خلافه» في المضاربة، ويستقر الملك فيها بالمقاسمة عند القاضي وأصحابه ولا يستقر بدونها، ومن الأصحاب من قال: يستقر بالمحاسبة التامة؛ كابن أبي موسى وغيره، وبذلك جزم أبي بكر عبد العزيز، وهو المنصوص صريحاً عن أحمد.

ولهذا الاختلاف فوائد:

فمنها: انعقاد الحول على حصة المضارب من الربح قبل القسمة، فإن قيل: لا يملك بدونها؛ فلا انعقاد قبلها، وإن قيل: يملك بمجرد الظهور؛ فهل ينعقد الحول عليها قبل استقرار الملك فيها، أم لا ينعقد بدون الاستقرار؟

فيه للأصحاب طرق:

إحداها: لا ينعقد الحول عليها قبل الاستقرار بحال من غير خلاف، وهي طريقة القاضي في «المجرد» و«الخلاف» ومن اتبعه، وكذلك طريقة أبي بكر وابن أبي موسى؛ إلا أن القاضي عنده الاستقرار بالقسمة، وعندهما بالمحاسبة التامة؛ فينعقد الحول عندهما، وهو المنصوص عن أحمد رحمه الله في «رواية صالح» و«ابن منصور» و«حنبل».

والطريقة الثانية: إن قلنا: يملكه بالظهور؛ انعقد عليه الحول من حينه، وإلا؛ فلا، وهي طريقة القاضي في موضع من «الجامع الصغير» وأبي الخطاب.

والطريقة الثالثة: إن قلنا: لا يثبت الملك قبل الاستقرار؛ لم ينعقد الحول، وإن قلنا: يثبت بدونه؛ فهل ينعقد قبله؟

على وجهين، وهي طريقة ابن عقيل وصاحبي «المغني»[1] و«المحرر»، ولكنهما رجحا عدم الانعقاد، وابن عقيل صحح الانعقاد في باب المضاربة، وأما رب المال؛ فعليه زكاة رأس ماله مع حصته من الربح، وينعقد الحول عليها بالظهور، وأما بقية الربح؛ فلا يلزمه زكاته، سواء قلنا: يملكه العامل بالظهور أو لا في ظاهر كلام أحمد، وهو قول القاضي والأكثرين؛ لأنه إن سلم؛ فهو للعامل، وإن تلف؛ فات عليهما، وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنه يلزمه زكاته إذا قلنا: لا يملكه العامل بدون القسمة، وهو ظاهر كلام القاضي في «خلافه» في مسألة المزارعة، وهو ضعيف.

ومنها: لو اشترى العامل بعد ظهور الربح من يعتق عليه بالملك؛ ففيه طريقان:

أحدهما: البناء على الملك بالظهور وعدمه، فإن قلنا: يملك به؛ عتق عليه، وإلا؛ فلا، كذلك قال القاضي في «خلافه» وابنه أبو الحسين وأبو الفتح الحلواني.

والطريق الثاني: إن قلنا: لا يملك بالظهور؛ لم يعتق، وإن قلنا: يملك به؛ فوجهان، كذا قال جماعة منهم صاحب «التلخيص».

أحدهما: يعتق عليه للملك، وهو قول القاضي وأبي الخطاب، وأومأ إليه أحمد في «رواية ابن منصور».

والثاني: لا يعتق؛ لعدم استقرار الملك، وهو قول أبي بكر في «التنبيه»؛ فإن الملك فيه غير تام، ولهذا لا يجزئ في حول الزكاة كما سبق، والعتق يستدعي ملكاً بدليل أن المكاتب لا يعتق عليه ذو رحمه بملكه.

والأول أصح؛ فإن العتق يسري إلى ملك الأجنبي المحض، ولا يمنعه الدين، بخلاف الزكاة، والمكاتب ليس من أهل التبرع، ولهذا لو باشر العتق بقوله؛ لم ينفذ؛ فكذا بالملك، وأولى، وعلى هذا، إذا اشترى رحمه بعد ظهور الربح؛ عتق عليه منه بقدر حصته، ثم إن كان موسراً سرى عليه؛ لأن العتق بالشراء، وهو من فعله باختياره، ولو اشترى قبل ظهور الربح ثم ظهر الربح

---

(١) «المغني» (٢/ ٣٤٠-٣٤١).

بارتفاع الأسواق، وقلنا: يملك به؛ عتق عليه نصيبه ولم يسر؛ إذ لا اختيار له في ارتفاع الأسواق، ذكره في «التلخيص».

ومنها: لو وطئ العامل أمة من مال المضاربة بعد ظهور الربح، فإن قلنا: يملكه بالظهور؛ فالولد حر، وعليه قيمة الأمة، وتصير أم ولد له، وإن لم يكن ظهر ربح؛ لم يثبت شيء من ذلك.

ونص على ذلك أحمد في «رواية ابن منصور»، وهل عليه الحد إذا لم يكن ظهر ربح؟

على وجهين:

أحدهما: لا حد عليه، ويعزر، ونص عليه في «رواية ابن منصور»، واختاره صاحب «المغني»[1]؛ لأن الربح ينبني على التقويم، وهو أمر اجتهادي لا يقطع به.

والثاني: عليه الحد، قاله القاضي؛ لانتفاء الملك وشبهته.

ومنها: لو اشترى العامل لنفسه من مال المضاربة، فإن لم يظهر ربح؛ صح، نص عليه؛ لأنه ملك لغيره، وكذلك إن ظهر ربح وقلنا: لا يملكه بالظهور، وإن قلنا: يملكه؛ فهو كشراء أحد الشريكين من مال الشركة، والمذهب أنه يبطل في قدر حقه لأنه ملكه؛ فلا يصح شراؤه له، وفي الباقي روايتا تفريق الصفقة، وخرج أبو الخطاب رواية بصحته في الكل من الرواية التي يخير فيها لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه؛ لأن علاقة حق المضارب به صيرته كالمنفرد عن ملكه؛ فكذا المضارب مع رب المال، وأولى.

ومنها: لو اشترى العامل شقصاً للمضاربة وله فيه شركة؛ فهل له الأخذ بالشفعة؟

فيه طريقان:

إحداهما: ما قال أبو الخطاب ومن تابعه: فيه وجهان:

أحدهما: لا يملك الأخذ، واختاره في «رؤوس المسائل»؛ لأنه متصرف لرب المال، فامتنع أخذه كما يمتنع شراء الوصي والوكيل مما يتوليان بيعه.

---

(١) «المغني» (٥/ ٢٨).

والثاني: له الأخذ، وخرجه من وجوب الزكاة عليه في حصته؛ فإنه يصير حينئذ شريكاً يتصرف لنفسه ولشريكه، ومع تصرفه لنفسه تزول التهمة، ولأنه يأخذ بمثل الثمن المأخوذ به؛ فلا تهمة، بخلاف شراء الوصي والوكيل، وعلى هذا؛ فالمسألة مقيدة بحالة ظهور الربح ولا بد.

والطريقة الثانية: ما قال صاحب «المغني»[1]: إن لم يكن في المال ربح أو كان، وقلنا: لا يملكه بالظهور؛ فله الأخذ لأن الملك لغيره؛ فله الأخذ منه، وإن كان فيه ربح، وقلنا: يملك بالظهور؛ ففيه الوجهان بناءً على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح على ما سبق.

ومنها: لو أسقط العامل حقه من الربح بعد ظهوره، فإن قلنا: يملكه بالظهور؛ لم يسقط، وإن قلنا: لا يملكه بدون القسمة؛ فوجهان، وقد سبقت في القواعد.

ومنها: لو قارض المريض، وسمى للعامل فوق تسمية المثل؛ فقال القاضي والأصحاب: يجوز، ولا يحسب من الثلث؛ لأن ذلك لا يؤخذ من ماله، وإنما يستحقه بعمله من الربح الحادث؛ فيحدث على ملك العامل دون المالك، وهذا إنما يتوجه على القول بأنه يملكه بالظهور، فإن قلنا: لا يملكه بدون القسمة؛ احتمل أن يحتسب من الثلث؛ لأنه خارج حينئذ من ملكه، واحتمل أن لا يحتسب منه، وهو ظاهر كلامهم؛ لأن المال الحاصل لم يفوت عليهم منه شيئاً، وإنما زادهم فيه ربحاً.

٩-التاسعة: الموقوف عليه؛ هل يملك رقبة الوقف أم لا؟

في المسألة روايتان معروفتان:

أشهرهما: إنه ملك للموقوف عليه.

والثانية: لا؛ فعلى هذه هل هو ملك للواقف أو لله تعالى؟

فيه خلاف أيضاً، ويتنزل على هذا الاختلاف مسائل كثيرة:

منها: زكاة الوقف، إذا كان ماشية موقوفة على معين؛ فهل يجب عليه زكاتها؟

---

(١) «المغني» (٥/١٩٧-١٩٨).

فيه طريقتان:

إحداهما: بناؤه على هذا الخلاف، فإن قلنا: هو ملك للموقوف عليه؛ فعليه زكاتها، وإن قلنا: هو ملك لله تعالى؛ فلا زكاة، وهذه طريقة «المحرر»[1]، وهو ظاهر كلام أحمد في «رواية مهنا» و«علي بن سعيد»، وعلى هذا؛ فإن قلنا: ملكه للواقف؛ فعليه زكاته، ونص أحمد على أن من وقف على أقاربه؛ فإن الزكاة عليه، بخلاف من وقف على المساكين.

والطريقة الثانية: لا زكاة فيه على الروايتين، قاله القاضي وابن عقيل؛ لقصور الملك فيه، فأما الشجر الموقوف؛ فتجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجهاً واحداً؛ لأن ثمره ملك للموقوف عليه، وقال الشيرازي: لا زكاة فيه أيضاً، ونقله غيره رواية.

ومنها: لو جنى الوقف؛ فأرش جنايته على الموقوف عليه إذا قيل: إنه مالكه؛ لأنه امتنع من تسليمه؛ فيلزمه فداؤه، وإن قيل: هو ملك لله تعالى؛ فالأرش من كسب العبد، وقيل: بل من بيت المال.

وفيه وجه: لا يلزم الموقوف عليه الأرش على القولين؛ لأن امتناعه من التسليم بغير اختياره؛ إذ لا قدرة له عليه على التسليم بحال.

ومنها: إذا كان الوقف أمة فولاية تزويجها للموقوف عليه إن قيل: إنه يملكها، وإن قيل: هي ملك لله تعالى؛ فالولاية للحاكم، فيزوجها بإذن الموقوف عليه، وإن قيل: هل ملك الواقف؛ فهو الولي.

ومنها: نظر الواقف إذا لم يشرط له ناظر؛ فعلى القول بملك الموقوف عليه له النظر فيه، وعلى القول بأن ملكه لله تعالى نظره للحاكم، وظاهر كلام أحمد أن نظره للحاكم، وهو قول ابن أبي موسى، قال الحارثي: وعندي أن هذا لا يختص بالقول بانتفاء ملك الموقوف عليه، بل ينظر فيه الحاكم، وإن قلنا: ملكه للموقوف عليه لعلاقة حق من يأتي بعده.

ومنها: هل يستحق الشفعة بشركة الوقف؟

(١) «المحرر» (١/ ٣٧٠).

فيه طريقان:

أحدهما: البناء على أنه هل يملكه الموقوف عليه، فإن قيل: يملكه؛ استحق به الشفعة، وإلا؛ فلا.

والثاني: الوجهان بناءً على قولنا: يملكه، وهذا ما قال صاحب «المحرر»؛ لأن الملك قاصر.

وهذا كله متفرع على المذهب في جواز قسمة الوقف من الطلق، أما على الوجه الآخر بمنع القسمة؛ فلا شفعة؛ إذ لا شفعة في ظاهر المذهب إلا فيما يقبل القسمة من العقار، وكذلك بنى صاحب «التلخيص» الوجهين هنا على الخلاف في قبول القسمة.

ومنها: لو زرع الغاصب في أرض الوقف؛ فهو للموقوف عليه تملكه بالنفقة؟

إن قيل: هو المالك؛ فله ذلك، وإلا؛ فهو كالمستأجر ومالك المنفعة؛ ففيه تردد سبق ذكره في «القواعد».

ومنها: نفقة الوقف وهي في غلته ما لم يشرط من غيرها، فإن لم يكن له غلة؛ فوجهان:

أحدهما: نفقته على الموقوف عليه.

والثاني: من بيت المال.

فقيل: هما مبنيان على انتقال الملك إليه وعدمه، وقد يقال بالوجوب عليه، وإن كان الملك لغيره كما نقول بوجوبها على الموصى له بالمنفعة على وجه.

ومنها: لو فضل بعض ولده على بعض في الوقف؛ فالمنصوص الجواز، بخلاف الهبة، فقيل: هو بناء على أن الملك لا ينتقل إلى الموقوف عليه، فإن قلنا بانتقاله؛ لم يجز؛ كالهبة، وهو قول أبي الخطاب وغيره، وقيل: بل يجوز على القولين؛ لأنه لم يخصه بالملك، بل جعله ملكاً لجهة متصلة على وجه القربة، وجعل الولد بعض تلك الجهة، وشبيه بهذا وقف المريض على وارثه؛ هل يقف على الإجازة كهبته، أم ينفذ من الثلث لأنه ليس تخصيصاً للوارث بل تمليك لجهة متصلة والوارث بعض أفرادها؟

وفيه روايتان.

ومنها: الوقف على نفسه، وفي صحته روايتان، وبناهما أبو الخطاب على هذا الأصل، فإن قلنا: الوقف ملك للموقوف عليه؛ لم يصح وقفه على نفسه لأنه لا يصح أن يزيل الإنسان ملك نفسه إلى نفسه، وإن قلنا: لله تعالى؛ صح.

ومنها: الوقف المنقطع؛ هل يعود إلى ورثة الموقوف عليه أو إلى ورثة الواقف؟

فيه روايتان، والمنصوص عن أحمد في «رواية حرب» وغيره أنه يعود إلى ورثة الموقوف عليه، وظاهر كلامه أنه يعود إليهم إرثاً لا وقفاً، وبه جزم الخلال في «الجامع» وابن أبي موسى، وهذا متنزل على القول بأنه ملك للموقوف عليه؛ كما صرح به أبو الخطاب وغيره، ويشهد له أن أحمد في «رواية حنبل» شبه الوقف المنقطع بالعمري والرقبي، وجعلها لورثة الموقوف عليه، كما ترجع العمري والرقبي إلى ورثة المعطى، وجعل الخلال حكم الوقف المنقطع والعمري واحداً، وأنكر الشيخ مجد الدين هذا البناء، وادعى أنه إنما يرجع وقفاً على الورثة؛ فلا يستلزم ملك الموقوف عليه، وهذا مخالف لنص أحمد لمن تأمله.

نعم، فرق أحمد في «رواية أبي طالب» بين الوقف المنقطع وبين العمري: بأن العمري ملك للمعمر، والوقف ليس يملك به شيئاً، إنما هو لمن أوقفه، يضعه حيث شاء؛ مثل السكنى؛ فهذه الرواية تدل على أن الموقوف عليه لا يملك سوى المنفعة، وأن الرقبة ملك للواقف.

ومنها: لو وطئ الموقوف عليه الأمة الموقوفة، فأولدها؛ فلا حد لأنها إما ملك له أو له فيها شبهة ملك، وهل تصير أم ولد له؟

إن قلنا: هي ملك له؛ صارت مستولدة له؛ فتعتق بموته، وتؤخذ قيمتها من تركته؛ فيشتري بها رقبة مكانها تكون وقفاً، وإن قلنا: لا يملكها؛ لم تصر مستولدة له، وهي وقف بحالها.

ومنها: تزوج الموقوف عليه الأمة الموقوفة، فإن قيل: هي ملك له؛ لم يصح، وإلا؛ صح، ذكره صاحب «التلخيص» وغيره، وفيه نظر؛ فإنه يملك منفعة البضع على كلا القولين، ولهذا يكون المهر له.

١٠-العاشرة: إجازة الورثة؛ هل هي تنفيذ للوصية، أو ابتداء عطية؟

في المسألة روايتان معروفتان، أشهرهما أنها تنفيذ، وهذا الخلاف قيل: إنه مبني على أن الوصية بالزائد على الثلث؛ هل هو باطل أو موقوف على الإجازة؟ وقيل: بل هذا الخلاف مبني على القول بالوقف، أما على البطلان؛ فلا وجه للتنفيذ، وهو أشبه، وقرر الشيخ تقي الدين أن الوارث إذا أسقط حقه قبل القسمة؛ فإنه يسقط، وطرد هذا في الأعيان المشاعة؛ كالغانم إذا أسقط حقه من الغنيمة، والموقوف عليه إذا أسقط حقه من الوقف، والمضارب إذا أسقط حقه من الربح، وأحد الزوجين إذا عفى عن حقه من المهر إذا كان عيناً، والحق المشاع بالدين في جواز إسقاطه قبل القسمة.

ولهذا الخلاف فوائد كثيرة:

منها: إنه لا يشترط لها شروط الهبة من الإيجاب والقبول والقبض؛ فيصح بقوله: أجزت وأنفذت ونحو ذلك؛ وإن لم يقبل الموصى له في المجلس، وإن قلنا: هي هبة؛ افتقرت إلى إيجاب وقبول، ذكره ابن عقيل وغيره، وكلام القاضي يقتضي أن في صحتها بلفظ الإجازة إذا قلنا: هي هبة؛ وجهين، قال الشيخ مجد الدين: والصحة ظاهر المذهب، وهل يعتبر أن يكون المجاز معلوماً للمجيز؟

ففي «الخلاف» للقاضي و«المحرر»[1]: هو مبني على هذا الخلاف، وصرح بعد ذلك صاحب «المحرر»[2] بأنه لو أجاز قدراً منسوباً من المال، ثم قال: ظننت المال قليلاً: أنه يقبل قوله، ولا تنافي بينهما؛ لوجهين:

أحدهما: أن صحة إجازة المجهول لا تنافي ثبوت الرجوع فيه إذا تبين فيه ضرر على المجيز؛ لم يعلمه استدراكاً لظلامته؛ كما تقول فيمن أسقط شفعته لمعنى، ثم بان بخلافه؛ فإن له العود إليها؛ فكذلك ها هنا إذا أجاز الجزء الموصي به يظنه قليلاً؛ فبان كثيراً؛ فله الرجوع بما زاد على ما في ظنه.

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٨٤).

(٢) «المحرر» (١/ ٣٨٤).

والثاني: إنه إذا اعتقد أن النصف الموصى به مثلاً مئة وخمسون درهماً، فبان ألفاً؛ فهو إنما أجاز خمسين درهماً؛ لم يجز أكثر منها؛ فلا تنفذ إجازته في غيرها، وهذا بخلاف ما إذا أجاز النصف كائناً ما كان؛ فإنه يصح ويكون إسقاطاً لحقه من المجهول، فينفذ؛ كالإبراء، وطريقة صاحب «المغني»[1] أن الإجازة لا تصح بالمجهول، ولكن؛ هل يصدق في دعوى الجهالة؟

على وجهين، ومن الأصحاب من قال: إن قلنا: الإجازة تنفيذ؛ صحت بالمجهول ولا رجوع، وإن قلنا: هبة؛ فوجهان:

ومنها: لو وقف على وارثه فأجازه، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ؛ صح الوقف ولزم، وإن قلنا: هبة؛ فهو كوقف الإنسان على نفسه.

ومنها: إذا كان المجاز عتقاً، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ؛ فالولاء للموصي يختص به عصبته، وإن قلنا: عطية؛ فالولاء لمن أجاز؛ وإن كان أنثى.

ومنها: لو كان المجيز أباً للمجاز له؛ كمن وصى لولد ولده، فأجازه والده؛ فليس للمجيز الرجوع فيه إن قلنا: هو تنفيذ، وإن قلنا: عطية؛ فله ذلك لأنه قد وهب ولده مالاً.

ومنها: لو حلف لا يهب، فأجاز، فإن قلنا: هي عطية؛ حنث، وإلا؛ فلا.

ومنها: لو قبل الوصية المفتقرة إلى الإجازة قبل الإجازة، ثم أجيزت، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ؛ فالملك ثابت له من حين قبوله أولاً، وإن قلنا: عطية؛ لم يثبت الملك إلا بعد الإجازة، ذكره القاضي في «خلافه».

ومنها: إن ما جاوز الثلث من الوصايا إذا أجيز؛ هل يزاحم بالزائد ما لم يجاوزه؟

وهو مبني على هذا الاختلاف، ذكره صاحب «المحرر» وأشكل توجيهه على الأصحاب، وهو واضح؛ فإنه إذا كانت معنا وصيتان، إحداهما مجاوزة للثلث والأخرى لا تجاوزه؛ كنصف وثلث، وأجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ؛ زاحم صاحب

(١) «المغني» (٦/ ٨٦).

النصف صاحب الثلث بنصف كامل؛ فيقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب النصف ثلاثة أخماسه والآخر خمساه، ثم يكمل لصاحب النصف نصفه بالإجازة، وإن قلنا: الإجازة عطية؛ فإنما يزاحمه بثلث خاصة؛ إذ الزيادة عليه عطية محضة من الورثة لم تتلق من الميت؛ فلا يزاحم بها الوصايا؛ فيقسم الثلث بينهما نصفين، ثم يكمل لصاحب النصف ثلث الإجازة، وهذا مبني على أن القول بأن الإجازة عطية أو تنفيذ مفرع على القول بإبطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها؛ كما سبق.

ومنها: لو أجاز المريض في مرض موته وصية موروثه، فإن قلنا: إجازته عطية؛ فهي معتبرة من ثلثه، وإن قلنا: تنفيذ؛ فطريقان:

أحدهما: القطع بأنها من الثلث أيضاً، كذا قال القاضي في «خلافه» وصاحب «المحرر»، وشبهه بالصحيح إذا حابا في بيع له فيه خيار ثم مرض في مدة الخيار؛ فإنه يصير محاباته من الثلث لأنه تمكن من استرداد ماله إليه، فلم يفعل، فقام ذلك مقام ابتداء إخراجه في المرض، ونظيره لو وهب الأب لولده شيئاً ثم مرض وهو بحاله ولم يرجع فيه.

والطريق الثاني: إن المسألة على وجهين، وهي طريقة أبي الخطاب في «انتصاره»، وهما منزلان على أصل الخلاف في حكم الإجازة، وقد يتنزلان على أن الملك هل ينتقل إلى الورثة في الموصى به، أم تمنع الوصية الانتقال؟

وفيه وجهان، فإن قلنا: ينتقل إليهم؛ فالإجازة من الثلث لأنه إخراج مال مملوك، وإلا؛ فهي من رأس ماله لأنه امتناع من تحصيل مال لم يدخل بعد في ملكه، وإنما تعلق به حق ملكه، بخلاف محاباة الصحيح إذا مرض، فإن المال كان على ملكه، وهو قادر على استرجاعه.

ومنها: إجازة المفلس، وفي «المغني»[1] هي نافذة، وهو منزل على القول بالتنفيذ، ولا يَبْعُدُ على قول القاضي في التي قبلها أن لا ينفذ، وقاله صاحب «المغني»[2] في السفيه، معللاً بأنه

---

(١) «المغني» (٤/ ٢٨٣).

(٢) «المغني» (٤/ ٣٠٥).

ليس من أهل التبرع.

١١-الحادية عشرة: الموصى له؛ هل يملك الوصية من حين الموت، أو من حين قبوله لها؟

في المسألة وجهان معروفان، وعلى القول بأنه إنما يملكها من حين قبوله؛ فهل هي قبله على ملك الميت أو على ملك الورثة؟

على وجهين أيضاً، وأكثر الأصحاب على القول بأنه ملك للموصى له، وهو قول أبي بكر والخرقي ومنصوص أحمد، بل نص أحمد في مواضع على أنه لا يعتبر له القبول؛ فيملكه قهراً؛ كالميراث، وهو وجه للأصحاب حكاه غير واحد.

ولهذا الاختلاف فوائد عديدة:

فمنها: حكم نمائه بين الموت والقبول، فإن قلنا: هو على ملك الموصى له؛ فهو له لا يحتسب عليه من الثلث، وإن قلنا: هو على ملك الميت؛ فتتوفر به التركة، فيزداد به الثلث، وإن قلنا: على ملك الورثة؛ فنماؤه لهم خاصة، وذكر القاضي في «خلافه» أن ملك الموصى له لا يتقدم القبول، وأن النماء قبله للورثة مع أن العين باقية على حكم ملك الميت؛ فلا يتوفر به الثلث لأنه لم يكن ملكاً له حين الوفاة، وذكر أيضاً إذا قلنا: إنه مراعى، وإنا نتبين بقبول الموصى له ملكه له من حين الموت؛ فإن النماء يكو للموصي له معتبراً من الثلث، فإن خرج من الثلث مع الأصل؛ فهما له، وإلا؛ كان له بقدر الثلث من الأصل، فإن فضل شيء من الثلث؛ كان له من النماء.

ومنها: لو نقص الموصى به في سعر أو صفة؛ ففي «المحرر»[1]: إن قلنا: يملكه بالموت؛ اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت إلى القبول؛ لأن الزيادة حصلت في ملكه؛ فلا يحتسب عليه، والنقص لم يدخل في ضمانه، بل هو من ضمان التركة، ولهذا لو تلفت العين أو بعضها؛ لبطلت الوصية في التالف، وأما نقص الأسعار؛ فلا يضمن عندنا، وإن قلنا: يملكه من حين القبول؛ اعتبرت قيمته يوم القبول سعراً وصفة؛ لأنه لم

(١) «المحرر» (١/ ٣٨٤).

يملكه قبل ذلك، والمنصوص عن أحمد في «رواية ابن منصور» وذكره الخرقي: إنه يعتبر قيمته يوم الوصية، ولم يحك صاحب «المغني»[١] فيه خلافاً؛ فظاهره أنه يعتبر بيوم الموت على الوجوه كلها؛ لأن حقه تعلق بالموصى به تعلقاً قطع تصرف الورثة فيه؛ فيكون ضمانه عليه كالعبد الجاني إذا أخر المجني عليه استيفاء حقه منه حتى تلف أو نقص.

ومنها: لو كان الموصى به أمة، فوطئها الموصى له قبل القبول وبعد الموت، فإن قلنا: الملك له؛ فهي أم ولده، وإلا؛ فلا، ولو وطئها الوارث، فإن قلنا: الملك له؛ فهي أم ولده، ويلزمه قيمتها للموصى له، وإن قلنا: لا يملكها؛ لم تكن أم ولد له.

ومنها: لو وصى بأمة لزوجها، فلم يعلم حتى أولدها أولاداً ثم قبل الوصية، فإن قيل: يملكها بالموت؛ فولده حر، والأمة أم ولده، ويبطل نكاحه بالموت، وإن قيل: لا يملكها إلا بعد القبول؛ فنكاحه باقٍ قبل القبول، وولده رقيق للوارث.

ومنها: لو وصى لرجل بأبيه، فمات الموصى له قبل القبول، وقلنا: يقوم وارثه مقامه فيه، فقبل ابنه؛ صح وعتق، وهل يرث من ابنه الميت أم لا؟

إن قلنا: يملكه بالموت؛ فقد عتق به؛ فيكون حرّاً عند موت ابنه، فيرث منه، وإن قلنا: إنما يملكه بعد القبول؛ فهو عند موت ابنه رقيق؛ فلا يرث؛ ولو كانت الوصية بمال في هذه الصورة، فإن قلنا: يثبت الملك بالموت؛ فهو ملك للميت، فتُوفَّى منه ديونه ووصاياه، وعلى الوجه الآخر هو ملك للوارث الذي قبل، ذكره في «المحرر»[٢].

ويتخرج وجه آخر: إنه يكون ملكاً للموصى له على الوجهين؛ لأن التمليك حصل له؛ فكيف يصح الملك ابتداءً لغيره؟ ولهذا نقول على إحدى الروايتين: إن المكاتب إذا مات وخلف وفاءً: أنه يؤدى منه بقية مال الكتابة، ويتبين بذلك موته حرّاً مع أن الحرية لا تثبت للمكاتب إلا بعد الأداء.

---

(١) «المغني» (٦/ ١٥٥).

(٢) «المحرر» (١/ ٣٨٥).

ومنها: لو وصي لرجل بأرض، فبنى الوارث فيها وغرس قبل القبول ثم قبل؛ ففي «الإرشاد»: إن كان الوارث عالماً بالوصية؛ قلع بناؤه وغرسه مجاناً، وإن كان جاهلاً؛ فعلى وجهين، وهو متوجه على القول بالملك بالموت، أما إن قيل: هي قبل القبول على ملك الوارث؛ فهو كبناء مشتري الشقص المشفوع وغرسه؛ فيكون محترماً يتملك بقيمته.

ومنها: لو بيع شقص في شركة الورثة والموصى له قبل قبوله، فإن قلنا: الملك له من حين الموت؛ فهو شريك للورثة في الشفعة، وإلا؛ فلا حق له فيها.

ومنها: جريانه من حين الموت في حول الزكاة، فإن قلنا: ملكه للموصى له؛ جرى في حوله، وإن قلنا: للورثة؛ فهل يجري في حولهم حتى لو تأخر القبول سنة كانت زكاته عليهم، أم لا لضعف ملكهم فيه وتزلزله وتعلق حق الموصى له به فهو كمال المكاتب؟ فيه تردد.

١٢-الثانية عشرة: الدين؛ هل يمنع انتقال التركة إلى الورثة أم لا؟

في المسألة روايتان:

أشهرهما: الانتقال، وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه، قال ابن عقيل: هي المذهب، وقد نص أحمد أن المفلس إذا مات؛ سقط حق البائع من عين ماله لأن الملك انتقل إلى ورثته.

والرواية الثانية: لا ينتقل، نقلها ابن منصور في رجل مات وترك داراً وعليه دين، فجاء الغرماء يبتغون المال، وقال أحد بنيه: أنا أعطي ربع الدين ودعوا لي ربع الدار؛ قال أحمد: هذه الدار للغرماء، لا يرثونها (يعني: الأولاد)، ولا فرق بين ديون الآدميين وديون الله عز وجل، ولا بين الديون الثابتة في الحياة والمتجددة بعد الموت بسبب منه يقتضي الضمان؛ كحفر بئر ونحوه، صرح به القاضي، وهل يعتبر كون الدين محيطاً بالتركة أم لا؟

ظاهر كلام طائفة اعتباره؛ حيث فرضوا المسألة في الدين المستغرق، وكلام أبي الخطاب في «انتصاره» كالصريح فيه، ومنهم من صرح بالمنع من الانتقال وإن لم يكن مستغرقاً، ذكره في مسائل الشفعة، وعلى القول بالانتقال؛ فيتعلق حق الغرماء بها جميعاً؛ وإن لم يستغرقها الدين، صرح به صاحب «الترغيب»، وهل تعلق حقهم بها تعلق رهن أو جناية؟

فيه خلاف يتحرر بتحرير مسائل:

-إحداها: هل يتعلق جميع الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها أم يتقسط؟

صرح القاضي في «خلافه» بالأول إن كان الوارث واحداً، وإن كان متعدداً؛ انقسم على قدر حقوقهم، وتعلق بحصة كل وارث منهم قسطها من الدين وبكل جزء منها؛ كالعبد المشترك إذا رهنه الشريكان بدين عليهما.

-والثانية: هل يمنع هذا التعلق من نفوذ التصرف؟

وسنذكره إن شاء الله تعالى.

-والثالثة: هل يتعلق الدين بعين التركة مع الذمة؟

فيه للأصحاب ثلاثة أوجه:

أحدها: ينتقل إلى ذمم الورثة، قاله القاضي وأبو الخطاب في «خلافهما» وابن عقيل، ومنهم من قيده بالمؤجل، ومنهم من خصه بالقول بانتقال التركة إليهم.

والثاني: هو باقٍ في ذمة الميت، ذكره القاضي أيضاً والآمدي وابن عقيل في «فنونه» وصاحب «المغني»[1]، وهو ظاهر كلام الأصحاب في ضمان دين الميت.

والثالث: يتعلق بأعيان التركة فقط، قاله ابن أبي موسى، ورد بلزوم براءة ذمة الميت منها بالتلف، وإذا عرف هذا؛ فلهذا الاختلاف فوائد:

منها: نفوذ تصرف الورثة فيها ببيع أو غيره من العقود، فإن قلنا بعدم الانتقال إليهم؛ فلا إشكال في عدم النفوذ، وإن قلنا بالانتقال؛ فوجهان:

أحدهما: لا ينفذ، قاله القاضي في «المجرد» وابن عقيل في باب الشركة من كتابيهما، وحمل القاضي في غير «المجرد» رواية ابن منصور على هذا.

---

(١) «المغني» (٥/ ١٢١-١٢٢).

والثاني: ينفذ، قاله القاضي وابن عقيل أيضاً في باب الرهن والقسمة، وجعلاه المذهب، وإنما يجوز لهم التصرف بشرط الضمان، قاله القاضي؛ قال: ومتى خلى الورثة بين التركة والغرماء؛ سقطت مطالبتهم بالديون، ونصب الحاكم من يوفيهم منها، ولم يملكها الغرماء بذلك، وهذا يدل على أنهم إذا تصرفوا فيها طولبوا بالديون كلها؛ كما نقول في سيد الجاني إذا فداه: إنه يفديه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ على رواية، وكلام أحمد في رواية البرزاطي ها هنا يدل عليه، وسنذكره، وفي «الكافي»: إنما يضمنون أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين.

وعلى الأول ينفذ العتق خاصة؛ كعتق الراهن، ذكره أبو الخطاب في «انتصاره»، وحكى القاضي في «المجرد» في باب العتق في نفوذ العتق مع عدم العلم بالدين وجهين، وأنه لا ينفذ مع العلم، وجعل صاحب «الكافي» مأخذهما أن حقوق الغرماء المتعلقة بالتركة؛ هل يملك الورثة إسقاطها بالتزامهم الأداء من عندهم أم لا؟

ورواية ابن منصور السابقة تدل على أنهم لا يملكون ذلك، وفي «النظريات» لابن عقيل: إن عتق الورثة إنما ينفذ مع يسارهم دون إعسارهم اعتباراً بعتق موروثهم في مرضه؛ لأن موروثهم كان ملكه ثابتاً فيها بغير خلاف، ولم ينفذ عتقه مع الإعسار، فلأن لم ينفذ عتقهم مع إعسارهم، والاختلاف في ملكهم أولى، وهل يصح رهن التركة عند الغرماء؟

قال القاضي في «المجرد»: لا يصح، وعلل بأنها كالمرهونة عندهم بحقهم، والمرهون لا يصح رهنه، وبأن التركة ملك للورثة؛ فلا يصح رهن ملك الغير بغير إذنه؛ فعلى التعليل الأول لا يصح رهن الورثة لها من الغرماء؛ وإن قلنا: هي ملكهم، وعلى الثاني ينبغي أن يصح رهن الوصي لها إذا قلنا: ليست ملكاً للورثة.

ومنها: نماء التركة، فإن قلنا: لا ينتقل إلى الورثة؛ تعلق حق الغرماء بالنماء؛ كالأصل، وإن قلنا: ينتقل إليهم؛ فهل يتعلق حق الغرماء بالنماء؟

على وجهين، وقد سبق بسط هذه المسألة في قاعدة النماء.

ومنها: لو مات رجل عليه دين وله مال زكوي؛ فهل يبتدئ الوارث حول زكاته من حين موت موروثه أم لا؟

إن قلنا: لا تنتقل التركة إليه مع الدين؛ فلا إشكال في أنه لا يجري في حوله حتى ينتقل إليه، وإن قلنا: ينتقل؛ انبنى على أن الدين هل هو مضمون في ذمة الوارث، أو في ذمة الميت خاصة؟

فإن قلنا: الدين في ذمة الوارث وكان مما يمنع الزكاة؛ انبنى على أن الدين المانع هل يمنع انعقاد الحول من ابتدائه، أو يمنع الوجوب في انتهائه خاصة؟

فيه روايتان محكيتان في «شرح الهداية»، والمذهب أنه يمنع الانعقاد؛ فيمتنع انعقاد الحول على مقدار الدين من المال، وإن قلنا: إنما يمنع وجوب الزكاة في آخر الحول؛ منع الوجوب ها هنا آخر الحول في قدره أيضاً، وإن قلنا: ليس في ذمة الوارث شيء؛ فظاهر كلام أصحابنا أن تعلق الدين بالمال مانع أيضاً، وسنذكره.

ومنها: لو كان له شجر، وعليه دين فمات؛ فها هنا صورتان:

إحداهما: أن يموت قبل أن يثمر، ثم أثمر قبل الوفاء؛ فينبني على أن الدين هل يتعلق بالنماء أم لا؟

فإن قلنا: يتعلق به؛ خرج على الخلاف في منع الدين الزكاة في الأموال الظاهرة، وإن قلنا: لا يتعلق به؛ فالزكاة على الوارث، وهذا كله بناءً على القول بانتقال الملك إليه، أما إن قلنا: لا ينتقل؛ فلا زكاة عليه فيه إلا أن ينفك التعلق قبل بدو صلاحه.

الصورة الثانية: أن يموت بعد ما أثمرت، فيتعلق الدين بالثمرة، ثم إن كان موته بعد وقت الوجوب؛ فقد وجبت عليه الزكاة؛ إلا أن نقول: إن الدين يمنع الزكاة في المال الظاهر؛ وإن كان قبل وقت الوجوب، فإن قلنا: تنتقل التركة إلى الورثة مع الدين؛ فالحكم كذلك لأنه مال لهم تعلق به دين، ولا سيما إن قلنا: إنه في ذممهم، وإن قلنا: لا تنتقل التركة إليهم؛ فلا زكاة عليهم.

وهذه المسألة تدل على أن النماء المنفصل يتعلق به حق الغرماء بغير خلاف.

ومنها: لو مات ولد عبيد وعليه دين، وأهل هلال الفطر، فإن قلنا: لا ينتقل الملك؛ فلا فطرة لهم على أحد، وإن قلنا: ينتقل؛ ففطرتهم على الورثة.

ومنها: لو كانت التركة حيواناً، فإن قلنا بالانتقال إلى الورثة؛ فالنفقة عليهم، وإلا؛ فمن التركة، وكذلك مؤنة المال كأجرة المخزن ونحوه.

ومنها: لو مات المدين وله شقص، فباع شريكه نصيبه قبل الوفاء؛ فهل للورثة الأخذ بالشفعة؟

إن قلنا بالانتقال إليهم؛ فلهم ذلك، وإلا؛ فلا، ولو كان الوارث شريك الموروث وبيع نصيب الموروث في دينه، فإن قلنا بالانتقال؛ فلا شفعة للوارث لأن البيع وقع في ملكه؛ فلا يملك استرجاعه، وإن قيل بعدمه؛ فله الشفعة لأن المبيع لم يكن في ملكه بل في شركته.

ومنها: لو وطئ الوارث الجارية الموروثة والدين مستغرق، فأولدها، فإن قلنا: هي ملكه؛ فلا حد، ويلزمه قيمتها يوفي منها الدين؛ كما لو وطئ الراهن، وإن قلنا: ليست ملكه؛ فلا حد أيضاً لشبهة الملك، فإنه يملكها بالفكاك، فهي كالرهن، وعليه قيمتها ومهرها يوفي بها الدين، ذكره أبو الخطاب في «انتصاره»؛ ففائدة الخلاف حينئذ وجوب المهر.

ومنها: لو تزوج الابن أمة أبيه، ثم قال لها: إن مات أبي؛ فأنت طالق، وقال أبوه: إن مت؛ فأنت حرة، ثم مات وعليه دين مستغرق؛ لم تعتق لاستغراق الدين للتركة؛ فلا ثلث للميت لينفذ منه العتق، وهل يقع الطلاق؟

قال القاضي في «المجرد»: نعم، وعلل بأنه لم يملكها؛ فهي باقية على نكاحه، وقال ابن عقيل: لا تطلق؛ لأن التركة تنتقل إلى الورثة؛ فيسبق الفسخ الطلاق؛ فالوجهان مبنيان على الانتقال وعدمه، وكذلك لو لم يدبرها الأب سواء.

وفي المذهب وجه آخر بالوقوع، وإن قيل بالانتقال حتى ولو لم يكن دين؛ بنى على سبق زمن الطلاق للفسخ، وقد ذكرناه في القواعد.

ومنها: لو أقر لشخص، فقال: له في ميراثي ألف؛ فالمشهور أنه متناقض في إقراره، وفي «التلخيص»: يحتمل أن يلزمه؛ إذ المشهور عندنا أن الدين لا يمنع الميراث؛ فهو كما لو قال: له في هذه التركة ألف؛ فإنه إقرار صحيح، وعلى هذا، فإذا قلنا: يمنع الدين الميراث؛ كان تناقضاً بغير خلاف.

ومنها: لو مات وترك ابنين وألف درهم، وعليه ألف درهم دين، ثم مات أحد الابنين وترك ابناً، ثم أبرأ الغريم الورثة؛ فذكر القاضي أنه يستحق ابن الابن نصف التركة بميراثه عن

أبيه، وذكره في موضع إجماعاً، وعلله في موضع بأن التركة تنتقل مع الدين؛ فانتقل ميراث الابن إلى ابنه، وهذا يفهم منه أنه على القول بمنع الانتقال يختص به ولد الصلب؛ لأنه هو الباقي من الورثة، وابن الابن ليس بوارث معه، والتركة لم تنتقل إلى أبيه، وإنما انتقلت بعد موته، ويشهد لهذا ما ذكره صاحب «المحرر» في الوصية إذا مات الموصى له وقبل وارثه؛ فإنه يملكه هو دون موروثه على قولنا بملك الوصية من حين القبول.

ومنها: رجوع بائع المفلس في عين ماله بعد موت المفلس يحتمل بناؤه على هذا الخلاف، فإن قلنا: ينتقل إلى الورثة؛ امتنع رجوعه، وبه علل الإمام أحمد، وإن قلنا: لا ينتقل؛ رجع به، لا سيما والحق هنا متعلق في الحياة تعلقاً متأكداً.

ومن العجب أن عن أحمد رواية بسقوط حق المرتهن من الرهن بموته؛ فيكون أسوة الغرماء كغريم المفلس، حكاها القاضي وابن عقيل، وهذا عكس ما نحن فيه.

ومنها: ما نقل البرزاطي عن أحمد أنه سئل عن رجل مات وخلف ألف درهم، وعليه للغرماء ألفا درهم، وليس له وارث غير ابنه، فقال ابنه لغرمائه: اتركوا هذه الألف في يدي، وأخروني في حقوقكم ثلاث سنين حتى أوفيكم جميع حقوقكم؛ قال: إذا كانوا قد استحقوا قبض هذه الألف وإنما يؤخرونه ليوفيهم لأجل تركها في يديه؛ فهذا لا خير له فيه إلا أن يقبضوا الألف منه ويؤخرونه في الباقي ما شاؤوا. قال بعض شيوخنا: تخرج هذه الرواية على القول بأن التركة لا تنتقل. قال: وإن قلنا: تنتقل إليهم؛ جاز ذلك، وهو أقيس بالمذهب، وتوجيه ما قال: إن حق الغرماء في عين التركة دون ذمة الورثة، فإذا أسقطوا حقهم من التعلق بشرط أن يوفيهم الورثة بقية حقوقهم؛ فهو إسقاط بعوض غير لازم للوارث، فإن قيل بانتقال التركة إلى الوارث؛ فقد أذن له في الانتفاع بماله بعوض يلتزمه له في ذمته، وإن قيل بعدم الانتقال؛ فهو شبيه بتمليكه ألفاً بالفين إلى أجل، وإن لم يكن تمليكاً من الغريم لما يملكه، لكنه لما أسقط حقه ملكه الوارث حينئذ فصار تمليكاً، مع أن قول أحمد «لا خير فيه» ليس تصريحاً بالتحريم، فيحتمل الكراهة، وقوله: «ويؤخرونه في الباقي ما شاؤوا» يدل على أن الورثة إذا تصرفوا في التركة؛ صاروا ضامنين جميع الدين في ذممهم؛ فيطالبون به، ومتى كان الدين في ذمم الورثة؛ قوي الجواز لأن انتقاله إلى ذممهم فرع انتقال التركة إليهم؛ فيبقى كالمفلس إذا طلب من

غرمائه الإمهال وإسقاط حقوقهم من أعيان ماله ليوفيهم إياها كاملة إلى أجل.

ومنها: ولاية المطالبة بالتركة إذا كانت ديناً ونحوه؛ هل هو للورثة خاصة أم للغرماء والورثة؟

قال أحمد في «رواية عبد الله» في رجل مات وخلف وديعة عند رجل ولم يوص إليه بشيء، وخلف عليه دينا: يجوز لهذا المودع أن يدفع إلى ولد الميت؛ فقال: إن كان أصحاب الدين جميعاً يعلمون أنه مودع، ويخاف تبعتهم أن يرجعوا عليه؛ فيحلفوه جميع أصحاب الدين والورثة يسلم إليهم جميعاً، ونقل صالح نحوه.

وهذا يدل على أن للغرماء ولاية المطالبة والرجوع على المودع إذا سلم الوديعة إلى الورثة، وحمله القاضي على الاحتياط؛ قال: لأن التركة ملك للورثة، ولهم الوفاء من غيرها؛ فظاهر كلامه أنا إن قلنا: التركة ملك لهم؛ فلهم ولاية الطلب والقبض، وإن قلنا: ليست ملكاً لهم؛ فليس له الاستقلال بذلك، وقال الشيخ مجد الدين: عندي أن نص أحمد على ظاهره؛ لأن الورثة والغرماء تتعلق حقوقهم بالتركة؛ كالرهن والجاني؛ فلا يجوز الدفع إلى بعضهم. قال: وإنما المشكل أن مفهوم كلامه جواز الدفع إلى الورثة بمفردهم، ولعله أراد إذا وثق بتوفيتهم الدين. انتهى.

ولا ريب أن حقوق الورثة تتعلق بها أيضاً، وإن قلنا: لا تنتقل إليهم وهم قائمون مقام الوصي عند عدمه في إيفاء الديون وغيرها عند طائفة من الأصحاب؛ فالمتوجه هو الدفع إلى الورثة والغرماء جميعاً، ولا يملك الدفع إلى الغرماء بانفرادهم بكل حال.

وقد نص أحمد في «رواية مهنا» فيمن عنده وديعة وصى بها ربها لرجل ثم مات أن المودع لا يدفعها إلى الموصى له، فإن فعل؛ ضمن، ولكن يجمع الورثة والموصى له، فإن أجازوا، وإلا؛ دفعه إليهم جميعاً، ولعل هذا فيما إذا لم يثبت الوصية في الظاهر، وإنما المودع يدعي ذلك، أو أنها لا تخرج من الثلث، وكذلك قال: فإن أجازوا (يعني: الورثة)، وإلا؛ فالعين الموصى بها إذ خرجت من الثلث لا حق فيها للورثة، ولا تنتقل إليهم بكل حال على الصحيح، وفي «المحرر»: إن من عليه دين موصى به لمعين؛ فهو مخير: إن شاء دفعه إلى الموصي، وإن شاء دفعه إلى الموصى

له، بخلاف الوصية المطلقة؛ فإنه لا يبرأ بدون الدفع إلى الوارث والوصي جميعاً؛ لأنها كالدين.

وقد نص أحمد أيضاً في رواية أبي طالب فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين؛ فقضاه به عنه أنه يجوز في الباطن دون الظاهر، ووجهه القاضي بأن الورثة لا حق لهم في ذلك المال الذي في مقابلة الدين؛ فلا يكون متصرفاً في حقوقهم، وهذا متوجه على القول بأن التركة لا تنتقل إليهم مع الدين؛ فلا يكون القضاء من أموالهم، ويرجع ذلك إلى أن كل مال مستحق يجوز دفعه إلى مستحقه مع وجود من له ولاية القبض، وقد سبق ذكره في القواعد.

١٣-الثالثة عشرة: التدبير؛ هل هو وصية أو عتق بصفة؟

في المسألة روايتان، وينبني عليهما فوائد كثيرة:

منها: لو قتل المدبر سيده؛ هل يعتق؟

وفيه طريقتان:

إحداهما: بناؤه على الروايتين إن قلنا: هو عتق بصفة عتق، وإن قلنا: وصية؛ لم يعتق لأن المذهب أن الموصى له إذا قتل الموصي بعد الوصية لم يستحق الوصية، وهي طريقة ابن عقيل وغيره.

والثانية: إنه لا يعتق على الروايتين، وهي طريقة القاضي؛ لأنه لم يعلقه على موته بقتله إياه.

ومنها: بيع المدبر وهبته، والمذهب الجواز؛ لأنه وصية أو تعليق بصفة، وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل الصفة.

وفيه رواية أخرى بالمنع بناءً على أنه عتق بصفة؛ فيكون لازماً؛ كالاستيلاد.

ومنها: اعتباره من الثلث على المذهب؛ لأنه وصية، ونقل حنبل أنه من رأس المال، وهو متخرج على أنه عتق لازم؛ كالاستيلاد.

ومنها: إبطال التدبير والرجوع عنه بالقول، وفي صحته روايتان بناهما الخرقي والأكثرون على هذا الأصل، فإن قلنا: هو وصية؛ جاز الرجوع عنه، وإن قلنا: عتق؛ فلا.

وللقاضي وأبي الخطاب في «تعليقهما» طريقة أخرى: إن الروايتين هنا على قولنا: إنه وصية؛ لأنها وصية تتنجز بالموت من غير قبول، بخلاف بقية الوصايا، وهو منتقض بالوصية لجهات البر.

ولأبي الخطاب في «الهداية» طريقة ثالثة، وهي بناء هاتين الروايتين على جواز الرجوع بالبيع، أما إن قلنا: يمتنع الرجوع بالفعل؛ فبالقول أولى.

ومنها: لو باع المدبر ثم اشتراه؛ فهل يكون بيعه رجوعاً فلا يعود تدبيره، أو لا يكون رجوعاً فيعود؟

فيه روايتان أيضاً بناهما القاضي والأكثرون على هذا الأصل، فإن قلنا: التدبير وصية؛ بطلت بخروجه عن ملكه، ولم تعد بعوده، وإن قلنا: هو تعليق بصفة؛ عاد بعود الملك بناءً على أصلنا في عود الصفة بعود الملك في العتق والطلاق، وطريقة الخرقي وطائفة من الأصحاب: إن التدبير يعود بعود الملك ها هنا رواية واحدة، بخلاف ما إذا أبطل تدبيره بالقول، وهو يتنزل على أحد أمرين: إما أن الوصية لا تبطل بزوال الملك مطلقاً بل تعود بعوده، وإما أن هذا حكم الوصية بالعتق خاصة.

ومنها: لو قال: عبدي فلان حر بعد موتي بسنة؛ فهل يصح ويعتق بعد موته بسنة، أم يبطل ذلك؟

على روايتين بناهما طائفة من الأصحاب على هذا الأصل، فإن قلنا: التدبير وصية؛ صح تقييدها بصفة أخرى توجد بعد الموت، وإن قلنا: عتق بصفة؛ لم يصح ذلك، وهؤلاء قالوا: لو صرح بالتعليق، فقال: إن دخلت الدار بعد موتي بسنة؛ فأنت حر؛ لم يعتق رواية واحدة، وهي طريقة ابن عقيل في «إشاراته»، والصحيح أن هذا الخلاف ليس مبنيّاً على هذا الأصل؛ فإن التدبير والتعليق بالصفة إنما بطل بالموت مع الإطلاق؛ لأن مقتضى الإطلاق وجود الصفة في حياة السيد، فأما مع التقييد بما بعد الموت؛ فيتقيد به، ثم من الأصحاب من يجعل هذا العقد تدبيراً، ومنهم من ينفي ذلك، ولهم في حكاية الخلاف فيه أربعة طرق قد ذكرناها في غير هذا الموضع.

ومنها: لو كاتب مدبره؛ فهل يكون رجوعاً عن التدبير؟

إن قلنا: التدبير عتق بصفة؛ لم يكن رجوعاً، وإن قلنا: هو وصية؛ انبنى على أن كتابة الموصى به هل تكون رجوعاً؟

وفيه وجهان، أشهرهما أنه رجوع، والمشهور في المذهب أن كتابة المدبر ليست رجوعاً عن تدبيره، ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على أنه رجوع.

ومنها: لو وصى بعبد ثم دبره؛ ففيه وجهان:

أشهرهما: إنه رجوع عن الوصية.

والثاني: ليس برجوع.

فعلى هذا فائدة الوصية به أنه لو أبطل تدبيره بالقول؛ لاستحقه الموصى له، ذكرهُ في «المغني»[1]، وقال الشيخ تقي الدين: ينبني على أن التدبير هل هو عتق بصفة أو وصية؟

فإن قلنا: هو عتق بصفة؛ قدم على الوصية، وإن قلنا: هو وصية؛ فقد ازدحمت وصيتان في هذا العبد؛ فينبني على أن الوصايا المزدحمة إذا كان بعضها عتقاً؛ هل يقدم أم يتحاص العتق وغيره؟

على روايتين، فإن قلنا بالمحاصة؛ فهو كما لو دبر نصفه ووصى بنصفه، ويصح ذلك على المنصوص. انتهى.

وقد يقال: الموصى له إن قيل: لا يملك حتى يقبل؛ فقد سبق زمن العتق لزمن ملكه؛ فينفذ، وإن قيل: إنه يملك من حين الموت؛ فقد تقارن زمن ملكه وزمن العتق؛ فينبغي تقديم العتق؛ كما نص عليه أحمد في مسألة من عتق عبده ببيعه.

ومنها: الوصية بالمدبر، والمذهب أنها لا تصح، ذكره القاضي وأبو الخطاب في «خلافيهما»؛ لأن التدبير طارئ إذا أبطل الوصية على المشهور؛ فكيف يصح طريان الوصية على التدبير ومزاحمتها له؟!

وبنى الشيخ هذه المسألة أيضاً على الأصول السابقة:

---

(١) «المغني» (١٠/ ٣٢٢).

ومنها: ولد المدبرة، والمشهور أنه يتبعها في التدبير كما ولدته بعده، سواء كان موجوداً حال التعليق أو العتق، أو حادثاً بينهما، وحكى القاضي في «كتاب الروايتين» في تبعية الولد روايتين، وبناهما على أن التدبير هل هو عتق لازم؛ كالاستيلاد، أو وصية؟ ومن هنا قال أبو الخطاب في «انتصاره»: تبعية الولد مبني على لزوم التدبير.

وخرج أبو الخطاب في «الهداية» وجهاً: إنه لا يتبعها الحادث بينهما، وإنما يتبعها إذا كان موجوداً معها في أحدهما من حكم ولد المعلق عتقها بصفة، بناءً على أن التدبير تعليق بصفة، وينبغي على هذا أن يخرج طريقة أخرى: إنه لا يتبعها الولد الحادث بينهما بغير خلاف، وإن كان موجوداً في أحد الحالين؛ فهل يتبعها؟

على وجهين بناءً على أن التدبير وصية، وحكم ولد الموصى بها كذلك عند الأصحاب.

ومنها: لو جحد السيد التدبير؛ فالمنصوص عن أحمد أنه ليس برجوع، وقال الأصحاب: إن قلنا: هو عتق بصفة؛ لم يكن رجوعاً، وإن قلنا: هو وصية؛ فوجهان بناءً على أن جحد الموصي الوصية؛ هل هو رجوع أم لا.

١٤-الرابعة عشرة: نفقة الحامل؛ هل هي واجبة لها أو لحملها؟

في المسألة روايتان مشهورتان، أصحهما أنها للحمل، وهي اختيار الخرقي وأبي بكر، وينبني عليهما فوائد:

منها: إذا كان أحد الزوجين رقيقاً، فإن قلنا: النفقة للزوجة؛ وجبت لها على الزوج لأن نفقة زوجة العبد في كسبه أو تتعلق برقبته، حكاه ابن المنذر إجماعاً، وفي «الهداية»: نفقة زوجته على سيده، فتجب ها هنا على السيد، وإن قلنا: للحمل؛ لم تجب عليه لأنه إن كان هو الرقيق؛ فلا يجب عليه نفقة أقاربه، وإن كانت هي الرقيقة؛ فالولد مملوك لسيد الأمة؛ فنفقته على مالكه.

ومنها: إذا كان الزوج معسراً، فإن قلنا: النفقة للزوجة؛ وجبت عليه، وإن قلنا: للحمل؛ لم تجب؛ لأن نفقة الأقارب مشروطة باليسار دون نفقة الزوجة.

ومنها: لو مات الزوج؛ فهل يلزم أقاربه النفقة؟

إن قلنا: هي للحمل؛ لزمت الورثة، وإن قلنا: هي للزوجة؛ لم يلزمهم بحال.

ومنها: لو غاب الزوج؛ فهل تثبت النفقة في ذمته؟

فيه طريقان:

أحدهما: إن قلنا: هي للزوجة؛ ثبتت في ذمته ولم تسقط بمضي الزمان على المشهور من المذهب، وإن قلنا: هي للحمل؛ سقطت لأن نفقة الأقارب لا تثبت في الذمة.

والثاني: لا تسقط بمضي الزمان على الروايتين، وهي طريقة «المغني»[1]، وعلل بأنها مصروفة إلى الزوجة، ويتعلق حقها بها؛ فهي كنفقتها، ويشهد له قول الأصحاب: لو لم ينفق عليها يظنها حائلاً، فبانت حاملاً؛ لزمه نفقة الماضي.

ومنها: إذا اختلعت الحامل بنفقتها؛ فهل يصح جعل النفقة عوضاً للخلع؟

قال الشيرازي: إن قلنا: النفقة لها؛ صحَّ، وإن قلنا: للحمل؛ لم يصح لأنها لا تملكها، وقال القاضي والأكثرون: يصح على الروايتين؛ لأنها مصروفة إليها، وهي المنتفعة بها.

ومنها: لو نشزت الزوجة حاملاً، فإن قلنا: نفقة الحامل لها؛ سقطت بالنشوز، وإن قلنا: للحمل؛ لم تسقط به.

ومنها: الحامل من وطء الشبهة أو نكاح فاسد؛ هل تجب نفقتها على الواطئ؟

إن قلنا: النفقة لها؛ لم تجب لأن النفقة لا تجب للموطوءة بشبهة ولا نكاح فاسد؛ لأنه لا يتمكن من الاستمتاع بها؛ إلا أن يسكنها في منزل يليق بها تحصيناً لمائه؛ فيلزمها ذلك، ذكره في «المحرر»[2]، وتجب لها النفقة حينئذ، ذكره الشيخ تقي الدين[3]، وإن قلنا: النفقة للحمل؛ وجبت لأن النسب لاحق بهذا الواطئ، ونص أحمد في رواية ابن الحكم على وجوب النفقة لها، وقال

---

(١) «المغني» (٨/ ١٨٧).

(٢) «المحرر» (٢/ ١١٧).

(٣) «الاختيارات» (٢٨٣).

الشيخ تقي الدين[١]: يتوجه وجوب النفقة لها مطلقاً من غير حمل؛ كما يجب لها المهر المسمى، ويتقرر بالخلوة على المنصوص؛ لأنها محبوسة عليه في العقد الفاسد، ولا تتزوج عندنا بدون طلاقه، وقاسه على العبد المقبوض بعقد فاسد، ولو ألزم حاكم بالنفقة في النكاح الفاسد المختلف فيه لاعتقاد صحته؛ فللزوج الرجوع بالنفقة عند من يرى فساده، ذكره القاضي في «المجرد»، وذكر صاحب «المغني»[٢] احتمالاً بعدم الرجوع لأنه نقض للحكم المختلف فيه، ولا يجوز ما لم يخالف كتاباً أو إجماعاً، وذكر في «المغني» أيضاً أنه لو أنفق في النكاح الفاسد من غير حاكم؛ لم يرجع لأنه إن علم فساده؛ كان متبرعاً، وإن لم يعلم؛ كان مفرطاً.

ومنها: لو كان الحمل موسراً بأن يوصي له بشيء فيقبله الأب، فإن قلنا: النفقة له؛ سقطت نفقته عن أبيه، وإن قلنا: لأمه؛ لم تسقط، ذكره القاضي في «خلافه».

ومنها: لو دفع إليها النفقة، فتلفت بغير تفريط، فإن قلنا: النفقة لها؛ لم يلزم بدلها، وإن قلنا: للحمل؛ وجب إبدالها لأن ذلك حكم نفقة الأقارب.

ومنها: لو أعتق الحامل من ملك يمينه؛ فهل يلزمه نفقتها؟

إن قلنا: النفقة لها؛ لم تجب إلا حيث تجب نفقة العتق، وإن قلنا: النفقة للحمل؛ وجبت بكل حال.

ومنها: فطرة المطلقة الحامل، إن قلنا: النفقة لها؛ وجبت لها الفطرة، وإن قلنا: للحمل؛ ففطرة الحمل على أبيه غير واجبة على الصحيح.

ومنها: هل تجب السكنى للمطلقة الحامل؟

إن قلنا: النفقة لها؛ فلها السكنى أيضاً، وإن قلنا: للحمل؛ فلا سكنى لها، ذكره الحلواني في «التبصرة».

ومنها: نفقة المتوفى عنها إذا كانت حاملاً، وفي وجوبها روايتان بناهما ابن الزاغوني على

---

(١) مجموع الفتاوى (٣٤/ ٧٣، ٧٤).

(٢) «المغني» (٨/ ١٨٧-١٨٨).

هذا الأصل؛ قال: فإن قلنا: النفقة للحمل؛ وجبت من التركة، كما لو كان الأب حيّاً، وإن قلنا: للمرأة؛ لم تجب، وهذا لا يصح؛ لأن نفقة الأقارب لا تجب بعد الموت، والأظهر أن الأمر بالعكس، وهو أنا إن قلنا: للحمل؛ لم يجب للمتوفى عنها لهذا المعنى، وإن قلنا: للمرأة؛ وجبت لأنها محبوسة على الميت لحقه، فتجب نفقتها من ماله، وقد سبق ذكر ذلك في قاعدة الحمل: هل له حكم أم لا؟

ومنها: البائن في الحياة بفسخ أو طلاق إذا كانت حاملاً؛ فلها النفقة، وحكى الحلواني وابنه رواية: إنه لا نفقة لها؛ كالمتوفى عنها، وخصها ابنه بالمبتوتة بالثلاث، وبناها على أن النفقة للمرأة والمبتوتة لا تستحق نفقة، وإنما تستحق النفقة إذا قلنا: هي للحمل، وهذه متوجه في القياس؛ إلا أنه ضعيف مخالف للنص والإجماع فيما أظن، ووجوب النفقة للمبتوتة الحامل يرجح القول بأن النفقة للحمل.

ومنها: لو تزوج امرأة على أنها حرة، فبانت أمة، وهو ممن يباح له نكاح الإماء، ففسخ بعد الدخول وهي حامل منه؛ ففي كتاب النكاح من «المجرد»: هو كالنكاح الفاسد، إن قلنا: النفقة للحمل؛ وجبت على الزوج، وإن قلنا: للحامل؛ لم تجب عليه، وذكر في النفقات ما يدل على وجوبها عليه على الروايتين، وهو الصحيح؛ لأن هذا نكاح صحيح؛ فيلزم فيه النفقة وفي عدته.

ومنها: لو وطئت الرجعية بشبهة أو نكاح فاسد، ثم بان بها حمل يمكن أن يكون من الزوج والواطئ؛ فيلزمها أن تعتد بعد وضعه عدة الواطئ، فأما نفقتها في مدة العدة، فإن قلنا: النفقة للحمل؛ فعليهما النفقة عليها حتى تضع لأن الحمل لأحدهما يقيناً ولا نعلم عينه، ولا ترجع المرأة على الزوج بشيء من الماضي، وإن قلنا: النفقة للحامل؛ فلا نفقة لها على واحد منهما مدة الحمل لأنه يحتمل أنه من الزوج؛ فيلزمه النفقة، ويحتمل أنه من الآخر؛ فلا نفقة لها؛ فلا تجب بالشك، فإذا وضعته؛ فقد علمنا أن النفقة على أحدهما، وهو غير معين؛ فيلزمهما جميعاً النفقة حتى ينكشف الأب منهما، وترجع المرأة على الزوج بعد الوضع بنفقة أقصر المدتين من مدة الحمل، أو قدر ما بقي من العدة بعد الوطء الفاسد؛ لأنها تعتد عنه بأحدهما قطعاً، ثم إذا زال الإشكال وألحقته القافة بأحدهما بعينه؛ عمل بمقتضى ذلك، فإن كان معها وفق حقها من النفقة، وإلا؛ رجعت على الزوج بالفضل، ولو كان الطلاق بائناً؛ فالحكم كما تقدم في جميع ما

ذكرنا؛ إلا في مسألة واحدة، وهي أنه لا ترجع المرأة بعد الوضع بشيء على الزوج، سواء قلنا: النفقة للحمل أو للحامل؛ لأن النفقة لا تستحق مع البينونة إلا بالحمل، وهو غير متحقق هنا أنه منه، بخلاف الرجعية، ذكر ذلك كله القاضي في «المجرد».

ولو قيل في صورة الرجعية: إذا قلنا: النفقة للحمل: إنها تجب على من خرجت عليه القرعة من الزوج والواطئ، وكذا بعد الوضع وقبل ثبوت نسبه من أحدهما؛ لتوجه إلا أن يقال: يحتمل أن يكون منهما جميعاً؛ فتمتنع القرعة على أحدهما لذلك، ومتى ثبت نسبه من أحدهما؛ فقال القاضي في موضع من «المجرد»: يرجع عليه الآخر بما أنفق؛ لأنه لم ينفق متبرعاً، وقيده في موضع آخر منه بأن يشرط الرجوع وينفق بإذن الحاكم، فإن شرط الرجوع وأنفق بغير إذن حاكم؛ فعلى روايتين؛ كقضاء الدين، وقد ذكرنا ذلك مستوفىً في القواعد، والصحيح هنا الرجوع مطلقاً؛ لأنه واجب عليه في الظاهر.

وقد ذكر صاحب «المغني»[1] أن الملاعنة لو أنفقت على الولد ثم استلحقه الملاعن؛ رجعت عليه لأنها إنما أنفقت لظنها أنه لا أب له، وأما إذا قلنا: النفقة للحامل؛ فإنها لم تجب على واحد منهما؛ لأن الحامل لا نفقة لها على الواطئ بشبهة، أو في نكاح فاسد؛ كما سبق، والزوج ليس بمتمكن من الاستمتاع بها في حال الحمل؛ لأن الرجعية؛ إذا حملت في عدتها من شبهة انقطعت عدة الزوج في مدة الحمل، وحرم على الزوج الاستمتاع بها، وهل له رجعتها في هذه المدة لبقاء بقية عدته عليها؟

على وجهين، وجزم القاضي في «خلافه» بالمنع، ورجح صاحب «المغني»[2] الجواز، وعلى الوجهين لا نفقة لها لتحريم الاستمتاع بها على الزوج، سواء كانت مكنت من الوطء أو لا؛ فإنه لو غصبها غاصب؛ فلا نفقة لها.

١٥-الخامسة عشر القتل العمد؛ هل موجبه القود عيناً، أو أحد أمرين؟

---

(١) «المغني» (٨/ ١٨٦).

(٢) «المغني» (٨/ ٤٠٢).

في المسألة روايتان، وقد سبق ذكرهما وفوائدهما في القواعد بما يغني عن إعادتها هنا.

١٦-السادسة عشر: المرتد؛ هل يزول ملكه بالردة أم لا؟

في المسألة روايتان:

إحداهما: لا يزول ملكه، بل هو باقٍ عليه؛ كالمستمر على عصمته.

والثانية: يزول، وفي وقت زواله روايتان:

إحداهما: من حين موته مرتداً.

والثانية: من حين ردته، فإن أسلم؛ أعيد إليه ماله ملكاً جديداً، وهي اختيار أبي بكر وابن أبي موسى.

وفيه رواية ثالثة: أنا نتبين بموته مرتداً زوال ملكه من حين الردة.

ولهذا الاختلاف فوائد كثيرة:

ومنها: لو ارتد في أثناء حول الزكاة، فإن قلنا: زال ملكه بالردة؛ انقطع الحول بغير تردد، وإن قلنا: لا يزول؛ فالمشهور أن الزكاة لا تجب عليه، وإن عاد إلى الإسلام؛ فينقطع الحول أيضاً لأن الإسلام من شرائط وجوب الزكاة؛ فيعتبر وجوده، في جميع الحول.

وحكى ابن شاقلا رواية: إنه تجب عليه الزكاة إذا عاد لما مضى من الأحوال، واختارها ابن عقيل، وإن ارتد بعد الحول؛ لم تسقط عنه إلا إذا عاد إلى الإسلام، وقلنا: إن المرتد لا يلزمه قضاء ما تركه قبل الردة من الواجبات، والصحيح من المذهب خلافه.

ومنها: لو ارتد المعسر، ثم أيسر في زمن الردة، ثم عاد إلى الإسلام وقد أعسر، فإن قلنا: إن ملكه يزول بالردة؛ لم يلزمه الحج باليسار السابق، وإن قلنا: لا يزول ملكه؛ فهل يلزمه الحج بذلك اليسار؟

ينبني على وجوب العبادات عليه في حال الردة وإلزامه قضاءها بعد عوده إلى الإسلام، والصحيح عدم الوجوب؛ فلا يكون بذلك مستطيعاً.

ومنها: حكم تصرفاته بالمعاوضات والتبرعات وغيرها، فإن قلنا: لا يزول ملكه بحال؛ فهي صحيحة نافذة، وإن قلنا: يزول بموته؛ أقر المال بيده في حياته، ونفذت معاوضاته، ووقفت تبرعاته المنجزة والمعلقة بالموت، فإذا مات؛ ردت كلها، وإن لم تبلغ الثلث؛ لأن حكم الردة حكم المرض المخوف، وإنما لم تنفذ من ثلثه لأن ماله يصير فيئاً بموته مرتداً، وإن قلنا: يزول ملكه في الحال؛ جعل في بيت المال، ولم يصح تصرفه فيه بحال، لكن إن أسلم رد إليه ملكاً جديداً، وإن قلنا: هو موقوف مراعى؛ حفظ الحاكم ماله ووقفت تصرفاته كلها، فإن أسلم؛ أمضيت، وإلا؛ تبينا فسادها.

تنبيه:

إنما تبطل تصرفاته لنفسه في ماله، فلو تصرف لغيره بالوكالة؛ صح، ذكره القاضي وابن عقيل؛ لأن إبطال تصرفه إنما هو لزوال ملكه، ولا أثر لذلك في تصرفه بالوكالة.

نعم، لو كان قد وكل وكيلاً ثم ارتد، وقلنا: يزول ملكه؛ بطلت وكالته، ولو تصرف لنفسه بنكاح؛ لم يصح لأن الردة تمنع الإقرار على النكاح، وإن زوج موليته؛ لم يصح لزوال ولايته بالردة على أمته الكافرة.

ومنها: لو باع شقصاً مشفوعاً في الردة، فإن حكمنا بصحة بيعه؛ أخذ منه بالشفعة، وإلا؛ فلا، ولو بيع في زمن ردته شقص في شركته، فإن قلنا: ملكه باق؛ أخذ بالشفعة، وإلا؛ فلا.

ومنها: لو حاز مباحاً أو عمل عملاً بأجرة، فإن قلنا: ملكه باق؛ ملك ذلك، وإن قلنا: زال ملكه؛ لم يملكه، فإن عاد إلى الإسلام بعد ذلك؛ فهل يعود ملكها إليه؟

فيه احتمالان مذكوران في «المغني».

ومنها: الوصية له، وفي صحتها وجهان بناءً على زوال ملكه وبقائه، فإن قلنا: زال ملكه؛ لم تصح الوصية له، وإلا؛ صحت.

ومنها: ميراثه، فإن قلنا: لا يزول ملكه بحال؛ فهو لورثته من المسلمين أو من أهل دينه الذي اختاره على اختلاف الروايتين في ذلك، وإن قلنا: يزول ملكه من حين الردة أو بالموت؛ فماله فيء ليس لورثته منه شيء.

ومنها: نفقة من تلزمه نفقته، فإن قلنا: ملكه باقٍ ولو في حياته أو مراعى؛ أنفق عليهم من ماله مدة الردة لأنه لا يملكه.

ومنها: قضاء ديونه، وهو كالنفقة؛ فيقضي ديونه على الروايات كلها؛ إلا على رواية زوال ملكه من حين الردة؛ فلا تقضى منه الديون المتجددة في الردة، وتقضى منه الديون الماضية؛ فإنه إنما يكون فيئاً ما فضل عن أداء ديونه ونفقات من يلزمه نفقته؛ لأن هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها؛ فتؤخذ من ماله ويصير الباقي فيئاً.

ومنها: لو دبر عبداً، ثم ارتد السيد، ثم عاد إلى الإسلام، فإن قلنا: لا يزول ملكه؛ فالتدبير بحاله، وإن قلنا: زال ملكه؛ انبنى على أن زوال الملك عن المدبر؛ هل يبطل تدبيره أم لا، وجزم ابن أبي موسى ببطلان تدبيره.

١٧-السابعة عشرة: الكفار؛ هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا؟

المذهب عند القاضي أنهم يملكونها من غير خلاف، والمذهب عند أبي الخطاب في «انتصاره» أنهم لا يملكونها، وقد نقل أبو طالب عن أحمد ما يدل على ذلك، وحكى طائفة روايتين في المسألة، منهم ابن عقيل في «فنونه» و«مفرداته»، وصحح فيها عدم الملك، وذكر الشيخ تقي الدين أن أحمد لم ينص على الملك ولا على عدمه، وإنما نص على أحكام أخذ منها ذلك، والصواب أنهم يملكونها ملكاً مقيداً لا يساوي أملاك المسلمين من كل وجه.

ولهذا الخلاف فوائد:

ومنها: إن من وجد من المسلمين عين ماله قبل القسمة؛ أخذه مجاناً بغير عوض، وإن وجده بعد القسمة؛ فالمنصوص عن أحمد أنه لا يأخذه بغير عوض، وهل يسقط حقه منه بالكلية، أو يكون أحق به بالثمن؟

على روايتين، واختار أبو الخطاب أنه أحق به مجاناً بكل حال، وقد قال أحمد في «رواية أبي طالب»: هذا هو القياس؛ لأن الملك لا يزول إلا بهبة أو صدقة، ولكن عمر قال: لا حق له.

ومنها: إذا قلنا: يملكون أموال المسلمين، فغنمت منهم ولم يعلم أربابها من المسلمين؛ فإنه

يجوز قسمتها والتصرف فيها، ومن قال: لم يملكوها، فقياس قوله: إنه لا يجوز قسمتها ولا التصرف فيها، بل توقف كاللقطة، ذكره صاحب «المغني»[1] وغيره، وأما ما عرف مالكه من المسلمين؛ فإنه لا تجوز قسمته، بل يرد إليه على القولين، ونص عليه أحمد في رواية غير واحد، وقيد ذلك في «رواية أبي داود» بما إذا كان مالكه بالقرب.

ومنها: إذا أسلموا وفي أيديهم أموال المسلمين؛ فهي لهم نص عليه أحمد، وقال في «رواية أبي طالب»: ليس بين الناس اختلاف في ذلك، وهذا متنزل على القول بالملك، فإن قيل: لا يملكونها؛ فهي لربها متى وجدها، وقاله أبو الخطاب في «انتصاره»، ونفى صاحب «المغني»[2] الخلاف في المذهب في المسألة؛ فكأنه ظن أن أبا الخطاب وافق عليها؛ فإنه لم يقف على «الانتصار»، ولعل مأخذه أن الشارع ملك الكافر بإسلامه ما في يده من أموال المسلمين بقوله من أسلم على شيء؛ فهو له؛ فهذا تمليك جديد يملكونها به لا بالاستيلاء الأول، والله أعلم.

وقد قيل: إن هذا يرجع إلى أن كل ما قبضه الكافر من الأموال وغيرها قبضاً فاسداً يعتقدون جوازه؛ فإنه يستقر لهم بالإسلام؛ كالعقود الفاسدة والأنكحة والمواريث وغيرها، ولهذا لا يضمنون ما أتلفوه على المسلمين من النفوس والأموال بالإجماع.

ومنها: لو كان لمسلم أمتان أختان، فأبقت إحداهما إلى دار الحرب، فاستولوا عليها؛ فله وطء الباقية عنده لأن ملكه زال عن أختها، وقياس قول أبي الخطاب لا يجوز حتى يحرم الآبقة بعتق ونحوه؛ لأنه يمنع من وطء إحدى الأختين ابتداءً قبل تحريم الأخرى.

ومنها: لو استولى العدو على مال مسلم ثم عاد إليه بعد حول أو أحوال، فإن قلنا: ملكوه؛ فلا زكاة عليه لما مضى من المدة بغير خلاف، وإن قلنا: لم يملكوه؛ فهل يلزمه زكاته لما مضى؟

على روايتين بناءً على زكاة المال المغصوب والضائع من ربه.

ومنها: لو أعتق المسلم عبده الذي استولى عليه الكفار، فإن قلنا: ملكوه؛ لم يعتق، وإلا؛ عتق.

---

(١) «المغني» (٩/ ٢٢٠).

(٢) «المغني» (٩/ ٢٢٠).

ومنها: لو سبى الكفار أمة مزوجة بمسلم، فإن قلنا: يملكونها؛ فالقياس أنه ينفسخ النكاح؛ لأنهم يملكون رقبتها ومنافعها، فيدخل فيه منفعة بضعها، فينفسخ نكاح زوجها كما ينفسخ نكاح الكافرة المسبية بسبينا لها لهذا المعنى.

ومن الأصحاب من علل انفساخ نكاح الكافرة المسبية بالجهل ببقاء زوجها؛ فيكون كالمعدوم، وعلى هذا يمنع انفساخ النكاح ها هنا، وأبو الخطاب منع من انفساخ النكاح بالسبي بكل حال، وهو قول شاذ يخالف الكتاب والسنة.

والعين المؤجرة كالأمة المزوجة سواء، فأما الزوجة الحرة؛ فلا ينفسخ النكاح بسببها؛ لأنهم لا يملكون الحرة بالسبي؛ فلا يملكون بضعها.

وفي «مسائل ابن هانئ» عن أحمد[1]: إذا سبيت المرأة ولها زوج ثم استنقذت؛ تعود إلى زوجها إن شاءت، وهذا يدل على انفساخ النكاح بالسبي، ووجهه أن منافع الحر في حكم الأموال، ولهذا تضمن بالغصب على رأي؛ فجاز أن تملك بالاستيلاء، بخلاف عينه، لا سيما والاستيلاء سبب قوي يملك به ما لا يملك بالعقود الاختيارية، ولهذا يملكون به المصاحف والرقيق المسلمين ويملكون به أم الولد على رواية؛ فجاز أن يملكوا به منفعة بضع الحرة، ولا يلزم من ذلك إباحة وطئها لهم؛ لأن تصرفهم في أموال المسلمين لا يباح لهم؛ وإن قيل: إنهم يملكونها، وعلى هذا، فلو سبوا حراً متساجراً لمسلم؛ انفسخت الإجارة أيضاً.

وقد تأول الآمدي قول أحمد: «ترجع إليه إن شاءت» على أن المراد إن شاءت ترجع إليه في العدة من وطء أهل الحرب، وإن شاءت اعتدت في موضع آخر؛ لأن العدة ليست بحق له، وإنما هي حق عليها لزمها من غير جهته، ولا يخفى بعد هذا التأويل من كلام أحمد وأن كلامه لا يدل عليه بوجه.

ومنها: لو استولى الكفار على مدبر لمسلم ثم عاد إلى سيده؛ فهل يبطل تدبيره؟

إن قلنا: إنهم لم يملكوه؛ لم يبطل، وإن قلنا:ملكوه؛ انبنى على أن المدبر إذا زال الملك فيه؛

(١) مسائل أحمد لابن هانئ (٢/ ١٢٤).

فهل يبطل التدبير أم لا؟

على روايتين، وجزم ابن أبي موسى ببطلانه ها هنا، فأما المكاتب؛ فلا تبطل كتابته لأنه يجوز بيعه ويبقى على كتابته، وكذلك المرهون؛ لأن الملك ينتقل فيه بالإرث وغيره، والرهن باقٍ.

-سؤال: عندكم الكافر لا يملك انتزاع ملك المسلم بالشفعة قهراً مع أنها معاوضة؛ فكيف يملك عليه قهراً بغير عوض؟

-والجواب عنه: إن الكفار لا يملكون أموال المسلمين بمجرد الاستيلاء على المنصوص عن أحمد، بل بالحيازة إلى دارهم؛ فعلى هذا لا يثبت لهم تملك في دار الإسلام، وعلى الرواية الأخرى المخرجة أنهم يملكونها بمجرد الاستيلاء، فالمستولى عليه إما أن يكون عقاراً؛ فلا يتصور استيلاءهم عليه إلا بمصير الدار دار حرب؛ فلا ملك لهم في دار الإسلام أيضاً، وإما أن يكون منقولاً؛ فالمنقول يخالف حكمه حكم العقار لأن العقار يختص بدار الإسلام والكافر ملتجئ إليها ومستذم ومتحقن بها، وليس من أهلها بالأصالة؛ فهو كالمستأجر مع المالك، ولهذا يمنع الكافر من إحياء موات في دار الإسلام على قول، مع أنه زيادة عمارة، وليس الموات ملكاً لمعين من المسلمين؛ فكيف يمكن من انتزاع ملك المسلم المعين؟!

وإذا كان المسلم يباح له مزاحمة الكافر فيما ثبت له فيه حق رغبة وإبطال حقه منه بعد سبقه إليه بالخطبة على خطبته والسوم على سومه؛ كما نص عليه أحمد استدلالاً بالحديث؛ فكيف يمكن من نقص ملك المسلم وانتزاعه منه قهراً بعد ثبوت الملك له؟! هذا باطل قطعاً، وهذا أحسن من الاستدلال بقوله: وإذا لقيتموهم في طريق؛ فاضطروهم إلى أضيقه[1]، مع أني لم أر أحداً استدل به، وقد استدل أحمد بحديث الطريق وبالأمر بإخراجهم من جزيرة العرب.

١٨-الثامنة عشرة: الغنيمة؛ هل تملك بالاستيلاء المجرد، أم لا بد معه من نية التملك؟

المنصوص عن أحمد وعليه أكثر الأصحاب أنها تملك بمجرد الاستيلاء وإزالة أيدي الكفار عنها، وهل يشترط مع ذلك فعل الحيازة كالمباحات أم لا؟

(١) الحديث في مسلم (٢١٦٧).

على وجهين، وقال القاضي في «خلافه»: لا يملك بدون احتياز التملك، وتردد في الملك قبل القسمة؛ هل هو باقٍ للكفار، أو أن ملكهم انقطع عنها؟

وينبني على هذا الاختلاف فوائد عديدة:

منها: جريانه في حول الزكاة، فإن كانت الغنيمة أجناساً؛ لم ينعقد عليها حول بدون القسمة وجهاً واحداً؛ لأن حق الواحد منهم لم يستقر في جنس معين، وإن كان جنساً واحداً؛ فوجهان:

أحدهما: ينعقد الحول عليها بالاستيلاء بناءً على حصول الملك به. قاله القاضي في «المجرد» وابن عقيل.

والثاني: لا ينعقد بدون القسمة، قاله القاضي في «خلافه»، وحكاه عن أبي بكر، وبناه على أن الملك لا يثبت فيها بدون اختيار التملك لفظا، وهذا بعيد؛ لأن أبا بكر يقول بنفوذ العتق قبل القسمة، ولأنه لو كان كذلك؛ لانعقد الحول عليها باحتياز التملك دون القسمة؛ إذ القسمة بمجردها لا تفيد الملك عند القاضي، وإنما مأخذ أبي بكر أن استحقاق الغانمين ليس على وجه الشركة المحضة، ولذلك لا يتعين حق أحدهم في شيء منها بدون حصوله له بالقسمة؛ فلا ينعقد عليها الحول قبلها؛ كما لو كانت أصنافاً.

ومنها: لو أعتق أحد الغانمين رقيقاً من المغنم بعد ثبوت رقه، أو كان فيهم من يعتق عليه بالملك؛ عتق إن كان بقدر حقه، وإن كان حقه دونه؛ فهو كمن أعتق شقصاً من عبد، نص عليه أحمد في «رواية المروذي» و«ابن الحكم»، واختاره أبو بكر والقاضي في «المجرد»، وقال في «الخلاف»: لا يعتق حتى يسبق تملكه لفظاً، ووافقه أبو الخطاب في «انتصاره»، لكنه أثبت الملك بمجرد قصد التملك، واختار صاحب «المحرر»[1] المنصوص فيما إذا كانت الغنيمة جنساً واحداً، وقول القاضي فيما إذا كانت أجناساً كما سبق في الزكاة.

وفي «الإرشاد» لابن أبي موسى: إن أعتق جارية معينة قبل القسمة؛ لم يعتق، فإن حصلت له بعد ذلك بالقسمة؛ عتقت. قال: وإن كان في السبي من يعتق عليه بالملك؛ عتق عليه إن كان

(١) «المحرر» (٢/ ١٧٨).

بقدر حصته، وإلا؛ عتق منه بقدر حصته؛ فكأنه جعله عتقاً قهريّاً؛ كالإرث، وفرق بينه وبين العتق الاختياري.

ومنها: لو استولد أحد الغانمين جارية من السبي قبل القسمة؛ فالمنصوص أنها تصير أم ولد له، ويضمن لبقية الغانمين حقوقهم منها، وقال القاضي في «خلافه»: لا تصير مستولدة له، وإنما يتعين حقه فيها؛ لأن حملها بحر يمنع بيعها وقسمتها، وفي تأخير قسمتها حتى تضع ضرر على أهل الغنيمة؛ فوجب تسليمها إليه من حقه، وهذا بعيد جداً.

ولأبي الخطاب في «انتصاره» طريقة أخرى: وهي أنه إنما نفذ استيلادها لشبهة الملك فيها؛ وإن لم ينفذ إعتاقها كما ينفذ استيلاد الأب في أمة ابنه دون إعتاقها، وهو أيضاً ظاهر ما ذكره صاحب «المحرر»، وحكى في «تعليقه على الهداية» احتمالاً آخر بالفرق بين أن تكون الغنيمة جنساً واحداً أو أجناساً كما ذكره في العتق.

ومنها: لو أتلف أحد الغانمين شيئاً من الغنيمة قبل القسمة، فإن قلنا: الملك ثابت فيها؛ فعليه ضمان نصيب شركائه خاصة، ونص عليه أحمد في الاستيلاد، وإن قلنا: لم يثبت الملك فيها؛ فعليه ضمان جميعها.

ومنها: لو أسقط الغانم حقه قبل القسمة؛ ففيه طريقان:

أحدهما: إنه مبني على الخلاف، فإن قلنا: ملكوها؛ لم يسقط الحق بذلك، وإلا؛ سقط، وهو ظاهر ما ذكره القاضي في «خلافه».

والثاني: يسقط على القولين؛ لضعف الملك وعدم استقراره، وهو ما ذكر صاحبا «الترغيب» و«المحرر».

ومنها: لو مات أحدهم قبل القسمة والاحتياز فالمنصوص أن حقه ينتقل إلى ورثته، وظاهر كلام القاضي أنه وافق على ذلك، وجعل الموروث هو الحق دون المال، وفي «الترغيب»: إن قلنا: لا يملك بدون الاحتياز، فمن مات قبله؛ فلا شيء له ولا يورث عنه؛ كحق الشفعة، ويحتمل أن يقال على هذا: يكتفي بالمطالبة في ميراث الحق؛ كالشفعة.

ومنها: لو شهد أحد الغانمين بشيء من المغنم قبلَ القسمة، فإن قلنا: قد ملكوا؛ لم يقبل؛ كشهادة أحد الشريكين للآخر، وإن قلنا: لم يملكوا؛ قبلت، ذكره القاضي في «خلافه»، قال الشيخ تقي الدين: وفي قبولها نظر؛ وإن قلنا: لم يملكوا لأنها شهادة تجر نفعاً.

قلت: هذا ذكره القاضي في مسألة ما إذا وطئ أحد الغانمين جارية من المغنم، وذكر في مسألة السرقة من بيت المال والغنيمة أنه لا يقبل شهادة أحد الغانمين بمال الغنيمة مطلقاً، وهو الأظهر، والله أعلم.

١٩-التاسعة عشرة: القسمة؛ هل هي إفراز أو بيع؟

المذهب أن قسمة الإجبار -وهي ما لا يحصل فيه رد عوض من أحد الشريكين ولا ضرر عليه- إفراز لا بيع، وذهب ابن بطة إلى أنها كالبيع في أحكامه، وحكى الآمديُّ روايتين، فأما ما كان فيه رد عوض؛ فهي بيع، وقال الشيخ مجد الدين: الذي يتحرر عندي فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد، وإفراز في الباقي؛ لأن أصحابنا قالوا في قسمة الطلق عن الوقف: إذا كان فيها رد من جهة صاحب الوقف؛ جاز لأنه يشترى به الطلق، وإن كان من جهة صاحب الطلق؛ لم يجز.

ويتفرع على الاختلاف في كونها إفرازاً أو بيعاً فوائد كثيرة:

منها: لو كان بينهما ماشية مشتركة، فقسماها في أثناء الحول، واستداما خلطة الأوصاف، فإن قلنا: القسمة إفراز؛ لم ينقطع الحول بغير خلاف، وإن قلنا: بيع؛ خرج على بيع الماشية بجنسها في أثناء الحول؛ هل يقطعه أم لا؟

ومنها: إذا تقاسما وصرحا بالتراضي واقتصر على ذلك؛ فهل يصح؟

إن قلنا: هي إفراز؛ صحت، وإن قلنا: هي بيع؛ فوجهان ذكرهما صاحب «الترغيب»، وكأن مأخذهما الخلاف في اشتراط الإيجاب والقبول، وظاهر كلامه أنها تصح بلفظ القسمة على الوجهين، ويتخرج أن لا تصح من الرواية التي حكاها في «التلخيص» باشتراط لفظ البيع والشراء في البيع.

ومنها: لو تقاسموا ثمر النخل والعنب على الشجر، أو الزرع المشتد في سنبله خرصاً، أو

الربويات على ما يختارون من كيل أو وزن، فإن قلنا: هي إفراز؛ جاز، ونص عليه أحمد في رواية الأثرم في جواز القسمة بالخرص، وإن قلنا: هي بيع؛ لم يصح، وفي «الترغيب» إشارة إلى خلاف في الجواز مع القول بالإفراز، وكذلك لو تقاسموا الثمر على الشجر قبل صلاحه بشرط التبقية؛ فيجوز على القول بالإفراز دون البيع.

ومنها: لو تقاسموا أموالاً ربويّة؛ جاز أن يتفرقوا قبل القبض على القول بالإفراز، ولم يجز على القول بالبيع.

ومنها: لو كان بعض العقار وقفاً وبعضه طلقاً، وطلب أحدهما القسمة؛ جازت إن قلنا: هي إفراز، وإن قلنا: بيع؛ لم يجز لأنه بيع للوقف، فأما إن كان الكل وقفاً؛ فهل تجوز قسمته؟

فيها طريقان:

أحدهما: إنه كإفراز الطلق من الوقف سواء، وهو المجزوم به في «المحرر»[1].

والثاني: إنه لا تصح القسمة على الوجهين جميعاً على الأصح، وهي طريقة «الترغيب»، وعلى القول بالجواز؛ فهو مختص بما إذا كان وقفاً على جهتين لا على جهة واحدة، صرح به الأصحاب، نقله الشيخ تقي الدين[2].

ومنها: قسمة المرهون كله أو بعضه مشاعاً، إن قلنا: هي إفراز؛ صحت، وإن قلنا: بيع؛ لم تصح، ولو استضر بها المرتهن بأن رهنه أحد الشريكين حصته من بيت معين من دار، ثم اقتسما فحصل البيت في حصة شريكه؛ فظاهر كلام القاضي أنه لا يمنع منه على القول بالإفراز، وقال صاحب «المغني»[3]: يمنع منه.

ومنها: إذا اقتسما أرضاً، فبنى أحدهما في نصيبه وغرس، ثم استحقت الأرض، فقلع غرسه وبناؤه، فإن قلنا: هي إفراز؛ لم يرجع على شريكه، وإن قلنا: بيع؛ رجع عليه بقيمة النقص إذا كان

---

(١) «المحرر» (٢/ ٢١٥).

(٢) «الاختيارات» (٣٥٠-٣٥١).

(٣) «المغني» (٤/ ٢٦١).

عالماً بالحال دونه، ذكره في «المغني»[1]، وجزم القاضي بالرجوع عليه مع قوله: إن القسمة إفراز؟

ومنها: ثبوت الخيار فيها، وفيه طريقان:

أحدهما: ينبني على الخلاف، فإن قلنا: إفراز؛ لم يثبت فيها خيار، وإن قلنا: بيع؛ ثبت، وهو المذكور في «الفصول» و«التلخيص»، وفيه ما يوهم اختصاص الخلاف بخيار المجلس، فأما خيار الشرط؛ فلا يثبت فيها على الوجهين.

والثاني: يثبت فيها خيار المجلس وخيار الشرط على الوجهين جميعاً، قاله القاضي في «خلافه» معللاً بأن ذلك جعل للارتياء فيما فيه الحظ، وهذا المعنى موجود في القسمة.

قال الشيخ تقي الدين: وهذا صريح في أن القسمة التراضي إفراز؛ لأن قسمة الإجبار لا معنى لثبوت الخيار فيها؛ إذ في كل لحظة يملك الإجبار؛ فلا ينفع ثبوت الخيار في فسخها. وذكر أيضاً أنه حيث وجبت القسمة؛ فينبغي أن تكون لازمة؛ لأن أحدهما إذا فسخها؛ كان للآخر مطالبته بإعادتها؛ فلا فائدة فيه، وقد يكون فيه ضرر على أحدهما؛ فإنه قد يتصرف فيما حصل له ولغيره، فإذا نقضت القسمة تضرر بذلك ولم يحصل له الانتفاع، ولا سيما إن تكرر ذلك من شريكه مضاررة.

قلت: ويشهد لهذا ما ذكره القاضي في «خلافه» في المعسر بالنفقة إذا طلق الحاكم عليه رجعياً ثم ارتجع من غير يسار تجدد له؛ أنه لا تصح رجعته؛ لما فيه من إعادة الضرر الذي أزلناه بالطلاق، وقال ابن عقيل في «عمد الأدلة» وصاحب «المغني»: له الرجعة، فإذا ارتجع؛ عادت المطالبة له، فإن أبى؛ طلق عليه حتى يستوفي الطلاق الثلاث، وأخذه ابن عقيل من المولى إذا طلق في أثناء المدة بعد طلب الفيئة طلاقاً رجعيّاً؛ فإن له الرجعة، ويطالب بالفيئة ثانياً، والقاضي يفرق بينهما بأن رجعة المولي أقرب إلى حصول مقصود المرأة من الفيئة من حال العدة الجارية إلى البينونة، بخلاف رجعة المعسر، ولكن لا يتوجه على قول ابن عقيل التمكين من فسخ قسمة الإجبار هنا؛ لأن الضرر في الطلاق لا يتأبد لأنه محدود بثلاث مرات، بخلاف ضرر الفسخ هنا؛ فإنه لا نهاية له.

---

(١) «المغني» (١٠/ ١٥١).

وذكر الشيخ تقي الدين[1] أن المولي إذا طلق؛ لم يمكن من الرجعة إلا بشرط أن يفيء؛ لأن أصل الرجعة إنما أباحها الله لمن أراد الإصلاح؛ فكيف بالمولي الذي يظهر منه قصد الإضرار؟ فلا يمكن من الرجعة بدون شرط الفيئة؛ لئلا يكون ارتجاعه زيادة في الإضرار.

وذكر في «الكافي»[2] في هذه المسألة أنهما إن اقتسما بأنفسهما؛ لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما وتفرقهما؛ كالبيع؛ وإن قسم بينهما الحاكم أو قاسمه أو عدل عالم نصباه بينهما؛ لزمت قسمته بغير رضاهما؛ إلا أن يكون فيها رد؛ فوجهان نظراً إلى أنها بيع، فيقف على الرضا، وإلى أن القاسم كالحاكم، وقرعته كحكمه.

ومنها: ثبوت الشفعة بها، وفيه طريقان:

أحدهما: بناؤه على الخلاف، فإن قلنا: إفراز؛ لم يثبت، وإن قلنا: بيع؛ ثبت، وهو ما ذكره السامري في باب الربا.

والثاني: لا يوجب الشفعة على الوجهين، قاله القاضي وصاحب «المحرر»؛ لأنه لو ثبت لأحدهما على الآخر؛ لثبت للآخر عليه، فيتنافيان، ومنها قسمة المتشاركين في الهدي والأضاحي اللحم، فإن قلنا: إفراز؛ جازت، وإن قلنا: بيع؛ لم تجز، وهذا ظاهر كلام الأصحاب.

ومنها: لو حلف لا يبيع، فقاسم، فإن قلنا: القسمة بيع؛ حنث، وإلا؛ فلا، ذكره الأصحاب، وقد يقال: الأيمان محمولة على العرف، ولا نسمي القسمة بيعاً في العرف؛ فلا يحنث بها ولا بالحوالة ولا بالإقالة، وإن قيل: هي بيوع.

ومنها: لو اقتسم الورثة التركة، ثم ظهر على الميت دين أو وصية، فإن قلنا: هي إفراز؛ فالقسمة باقية على الصحة، وإن قلنا: بيع؛ فوجهان بناءً على الخلاف في بيع التركة المستغرقة بالدين، وقد سبق.

---

(١) «الاختيارات» (٢٧٥-٢٧٦).

(٢) «الكافي» (٤/ ٤٧٥).

ومنها: لو ظهر في القسمة غبن فاحش، فإن قلنا: هي إفراز؛ لم يصح لتبين فساد الإفراز، وإن قلنا: بيع؛ صحت وثبت فيها خيار الغبن في البيع؛ ذكره في «الترغيب» والبلغة.

ومنها: لو اقتسما داراً نصفين ثم ظهر بعضها مستحقاً، فإن قلنا: القسمة إفراز؛ انتقضت القسمة لفساد الإفراز، وإن قلنا: بيع؛ لم تنتقض، ورجع على شريكه بقدر حقه في المستحق إذا قلنا بذلك في تفريق الصفقة؛ كما لو اشترى داراً فبان بعضها مستحقاً، ذكره الآمدي، وفي «المحرر»: إن كان المستحق معيناً وهو في الحصتين؛ فالقسمة بحالها، ولم يحك خلافاً، وذكر صاحب «الكافي» احتمالاً بالبطلان بناءً على عدم تفريق الصفقة إذا قلنا: هي بيع، وإن كان المستحق معيناً في إحدى الحصتين، أو شائعاً فيهما، أو في إحديهما؛ فثلاثة أوجه في «المحرر»:

أحدها: تبطل.

والثاني: لا تبطل.

والثالث: تبطل بالإشاعة في إحديهما خاصة، وهو ظاهر كلام صاحب «المغني»[(١)].

والأول اختيار القاضي وابن عقيل مع قولهما بتفريق الصفقة، قال الشيخ مجد الدين: والوجهان الأولان فرع على قولنا بتفريق الصفقة في البيع، فأما إن قلنا: لا تتفرق هناك؛ بطلت ها هنا وجهاً واحداً، وفي «البلغة»: إذا ظهر بعض حصة أحدهما مستحقاً؛ انتقضت القسمة، وإن ظهر في حصتهما على استواء النسبة وكان معيناً: لم ينتقض إذا عللنا فساد تفريق الصفقة بالجهالة، وإن عللناه باشتمالها على ما لا يجوز؛ بطلت، وإن كان المستحق مشاعاً؛ انقضت القسمة في الجميع على أصح الوجهين.

ومنها: إذا مات رجل وزوجته حامل، وقلنا: لها السكنى، فأراد الورثة قسمة المسكن قبل انقضاء العدة من غير إضرار بها بأن يعلموا الحدود بخط أو نحوه من غير نقض ولا بناء؛ ففي «المغني»[(٢)]: يجوز ذلك، ولم ينبه على الخلاف في القسمة، مع أنه قال: لا يصح بيع المسكن في

---

(١) «المغني» (١٠/ ١٥١).

(٢) «المغني» (٨/ ١٢٨).

هذه الحال؛ لجهالة مدة الحمل المستثناة فيه حكماً، وهذا يدل على أن مثل هذا يغتفر في القسمة على الوجهين، ويحتمل أن يقال متى قلنا: القسمة بيع، وإن بيع هذا المسكن لا يصح؛ لم تصح القسمة.

ومنها: قسمة الدين في ذمم الغرماء، فإن قلنا: إن القسمة إفراز؛ صحت، وإن قلنا: بيع؛ لم تصح.

وقد حكى الأصحاب في المسألة روايتين، وهذا البناء يتوجه على طريقة من طرد الخلاف في قسمة التراضي؛ كالشيخ تقي الدين[1] رحمه الله تعالى مع أنه يميل إلى دخول الإجبار في قسمة الديون على الغرماء المتقاربين في الملاءة؛ لأن الذمم عندنا تتكافأ بدليل الإجبار على قبول الحوالة على المليء.

وخص القاضي وابن عقيل الروايتين بما إذا كان الدين في ذمتين فصاعداً، فإن كان في ذمة واحدة؛ لم تصح قسمته رواية واحدة، وأنكر ذلك الشيخ مجد الدين، ويشهد لقوله أن القاضي في «خلافه» قال: إذا قبض أحد الشريكين من الدين بإذن شريكه؛ اختص بما قبضه، وفرق في موضع آخر بين الدين الثابت بعقد؛ فيختص أحد الشريكين بما قبضه منه ولو بغير إذن شريكه، وبين الثابت بإرث ونحوه؛ فلا يختص، وقد نص أحمد في «رواية ابن منصور» على الاشتراك في ثمن الطعام المشترك، ونص في روايته أيضاً على جواز القسمة بالتراضي في الذمة الواحدة.

وسلك صاحب «المغني» في توجيه الروايتين في المسألة طريقة ثانية، وهي أن قبض أحد الشريكين من الدين المشترك؛ هل هو قسمة للدين أو تعيين لحقه بالأخذ؛ كالإبراء؟

فإن قلنا: هو قسمة؛ لم يجز لأحدهما الانفراد بالقبض، فإن أذن الشريك فيه؛ فوجهان:

أحدهما: يصح، وينفرد به القابض؛ لأن الحق لشريكه، وقد أسقطه.

والثاني: لا يصح، وهو قول أبي بكر؛ لأن حق الشريك في الذمة لا في عين المال؛ فلا ينفع إذنه في قبض الأعيان، وفيه ضعف؛ فإن الأعيان هي متعلق حقه، وكذلك يتعلق حقوق غرماء

---

(١) «الاختيارات» (٣٥٠).

المفلس بماله، وإن قلنا: ليس القبض قسمة؛ جاز لأن حق الشريك في الذمة ولا ينتقل إلى العين إلى بقبض الغريم أو وكيله، فقبض الشريك لنفسه تعيين لحقه لا غير؛ فيختص به دون شريكه، سواء كان بإذن الشريك أو بدونه.

وكذلك حكى صاحب «المغني» هذه الرواية، وذكر عن أحمد ما يدل عليها، وقد أنكرها أبو بكر عبدالعزيز، ويتوجه عندي في توجيه الروايتين طريقة ثالثة، وهي أن أحد الشريكين إذا قبض من الدين المشترك؛ فإنما قبض حقه المختص به، لكن ليس له القبض دون شريكه؛ لاشتراكهما في أصل الاستحقاق؛ كغرماء المفلس، فإذا قبض بدون إذن شريكه؛ فهل لشريكه مقاسمته فيما قبضه أم لا؟

على الروايتين؛ فوجه المحاصة القياس على قبض بعض الشركاء من الأعيان المشتركة بدون قسمة؛ كالمواريث، أو من الأعيان المتعلق بها حقوقهم؛ كمال المفلس، ووجه عدم المحاصة أن المقبوض من الدين كله حق القابض، ولهذا لو تلف في يده؛ لتلف كله من نصيبه، ولم يضمن لشريكه شيئاً، بخلاف القبض من الأعيان؛ فعلى هذه الرواية لا فرق بين أن يقبض بإذن الشريك أو بدونه، وعلى الأولى إن قبض بإذنه؛ فهل له محاصته فيه؟

على وجهين؛ لأن حقه في المحاصة إنما ثبت بعد القبض؛ فهو كإسقاط الشفعة قبل البيع؛ والله أعلم، وقد يقال: التراضي بقبض كل واحد منهما بعض الدين قسمة له؛ لأن القسمة في الأعيان تقع بالمحاسبة والأقوال في النصوص؛ فكذا في الديون، وأما إن كان المشترك بعضه عيناً وبعضه ديناً؛ فأخذ بعض الشركاء العين وبعضهم الدين؛ فقد نص أحمد على جوازه مع الكراهة، وحكاه عن ابن عباس[1]، وقال: لا يكون إلا في الميراث، وخرجه الشيخ مجد الدين على القول بجواز بيع الدين من غير الغريم؛ لأن هذه القسمة بيع بغير خلاف عنده، وعلى ما ذكره الشيخ تقي الدين[2] قد يطرد فيها الخلاف، والله أعلم.

ومنها: قبض أحد الشريكين نصيبه من المال المشترك المثلي مع غيبة الآخر أو امتناعه من

---

(١) عبدالرزاق (١٤٣٦٠، ١٤٣٦١، ١٤٣٦٢، ١٤٣٦٧)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢٨).

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٦٨-٤٧٤).

الإذن بدون إذن الحاكم، وفيه وجهان سبق ذكرهما في القواعد، والوجهان على قولنا: القسمة إفراز، فإن قلنا: هي بيع؛ لم يجز وجهاً واحداً، فأما غير المثلي؛ فلا يقسم إلا مع الشريك أو من يقوم مقامه؛ كالوصي والولي والحاكم.

ومنها: لو اقتسما داراً، فحصل الطريق في نصيب أحدهما ولم يكن للآخر منفذ يتطرق منه؛ فقال أبو الخطاب وصاحب «المغني» و«المحرر»: تبطل القسمة.

وخرج صاحب «المغني»[1] فيه وجهاً آخر: إنها تصح، ويشتركان في الطريق؛ من نص أحمد على اشتراكهما في مسيل الماء، وقد ذكرنا ذلك فيما سبق في القواعد، ويتوجه أن يقال: إن قلنا: القسمة إفراز؛ بطلت، وإن قلنا: بيع؛ صحت ولزم الشريك تمكينه من الاستطراق، بناءً على قول الأصحاب: إذا باعه بيتاً من وسط داره ولم يذكر طريقاً؛ صح البيع واستتبع طريقه، ذكره القاضي في «خلافه»، ولو اشترط عليه الاستطراق في القسمة؛ صح، قال الشيخ مجد الدين: هذا قياس مذهبنا في جواز بيع الممر.

ومنها: لو حلف لا يأكل مما اشتراه زيد، فاشترى زيد وعمرو طعاماً مشاعاً، وقلنا: يحنث بالأكل منه، فتقاسماه، ثم أكل الحالف من نصيب عمرو؛ فذكر الآمدي أنه لا يحنث لأن القسمة إفراز حق لا بيع، وهذا يقتضي أنه يحنث إذا قلنا: هي بيع، وقال القاضي: قياس المذهب أنه يحنث مطلقاً لأن القسمة لا تخرجه عن أن يكون زيداً اشتراه، ويحنث عند أصحابنا بأكل ما اشتراه زيد، ولو انتقل الملك عنه إلى غيره، وفي المغنى احتمال: لا يحنث ها هنا، وعليه يتخرج أنه لا يحنث إذا قلنا: القسمة بيع، والله أعلم.

ونختم هذه الفوائد بذكر فائدتين، بل قاعدتين يكثر ذكرهما في مسائل الفقه، وتنتشر فروعهما انتشارا كثيرا، ونذكر ضوابطهما وأقسامهما:

٢٠-العشرون الفائدة الأولى: التصرفات للغير بدون إذنه؛ هل تقف على إجازته أم لا؟

ويعبر عنها بتصرف الفضولي، وتحتها أقسام:

---

(١) «المغني» (١٠/ ١٥٢).

القسم الأول: أن تدعو الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه، ويتعذر استئذانه؛ إما للجهل بعينه أو لغيبته ومشقة انتظاره؛ فهذا التصرف مباح جائز موقوف على الإجازة، وهو في الأموال غير مختلف فيه في المذهب وغير محتاج إلى إذن حاكم على الصحيح، وفي الإبضاع مختلف فيه؛ غير أن الصحيح من المذهب جوازه أيضاً، وفي افتقاره إلى الحاكم خلاف، فأما الأموال؛ فكالتصدق باللقطة التي لا تملك، وكالتصدق بالودائع والغصوب التي لا يُعرف ربها أو انقطع خبره، وقد سبق في القواعد استقصاء صور هذا النوع، ويكون ذلك موقوفاً، فإن أجازه المالك؛ وقع له أجره، وإلا؛ ضمنه المتصرف وكان أجره له، صرح بذلك الصحابة رضي الله عنهم.

وأما الإبضاع؛ فتزويج امرأة المفقود إذا كانت غيبته ظاهرها الهلاك، فإن امرأته تتربص أربع سنين، ثم تعتد وتباح للأزواج، وفي توقف ذلك على الحاكم روايتان، واختلف في مأخذهما؛ فقيل: لأن أمارات موته ظاهرة؛ فهو كالميت حكماً، وقيل: بل لأن انتظاره يعظم به الضرر على زوجته؛ فيباح لها فسخ نكاحه؛ كما لو ضارها بالغيبة وامتنع من القدوم مع المراسلة.

وعلى هذين المأخذين ينبني على أن الفرقة؛ هل تنفذ ظاهراً وباطناً، أو ظاهراً فقط؟ وينبني الاختلاف في طلاق الولي لها، وله مأخذ ثالث - وهو الأظهر -، وهو أن الحاجة دعت هنا إلى التصرف في حقه من بضع الزوجة بالفسخ عليه؛ فيصح الفسخ وتزوجها بغيره ابتداءً؛ للحاجة، فإن لم يظهر؛ فالأمر على ما هو عليه، وإن ظهر؛ كان ذلك موقوفاً على إجازته، فإذا قدم؛ فإن شاء أمضاه وإن شاء رده.

والقسم الثاني: أن لا تدعو الحاجة إلى هذا التصرف ابتداءً بل إلى صحته وتنفيذه بأن تطول مدة التصرف وتكثر، ويتعذر استرداد أعيان أمواله؛ فللأصحاب فيه طريقان:

أشهرهما: إنه على الخلاف الآتي ذكره.

والثاني: إنه ينفذ ها هنا بدون إجازة؛ دفعاً لضرر المالك بتفويت الربح وضرر المشترين بتحريم ما قبضوه بهذه العقود، وهذه طريقة صاحب «التلخيص» في باب المضاربة وصاحب

«المغني»[(١)] في موضع منه.

والقسم الثالث: أن لا تدعو الحاجة إلى ذلك ابتداءً ولا دواماً؛ فهذا القسم في بطلان التصرف فيه من أصله ووقوفه على إجازة المالك وتنفيذه روايتان معروفتان، واعلم أن لتصرف الشخص في مال غيره حالتين:

إحداهما: أن يتصرف فيه لمالكه؛ فهذا محل الخلاف الذي ذكرناه، وهو ثابت في التصرف في ماله بالبيع والإجارة ونحوهما، وأما في النكاح؛ فللأصحاب فيه طريقان:

أحدهما: إجراؤه على الخلاف، وهو ما قال القاضي والأكثرون.

والثاني: الجزم ببطلانه قولاً واحداً، وهو طريق أبي بكر وابن أبي موسى.

ونص أحمد على التفريق بينهما في «رواية ابن القاسم»؛ فعلى هذا لو زوج المرأة أجنبي ثم أجازه الولي؛ لم ينفذ بغير خلاف؛ كما لو زوجت المرأة نفسها.

نعم، لو زوج غير الأب من الأولياء الصغيرة بدون إذنها، أو زوج الولي الكبيرة بدون إذنها؛ فهل يبطل من أصله، أو يقف على إجازتها؟

على روايتين، ذكر ذلك ابن أبي موسى.

الحالة الثانية: أن يتصرف فيه لنفسه، وهو الغاصب، ومن يتملك مال غيره لنفسه، فيجيزه له المالك، فأما الغاصب؛ فذكر أبو الخطاب في جميع تصرفاته الحكمية روايتين، إحداهما: البطلان، والثانية: الصحة؛ قال: وسواء في ذلك العبادات؛ كالطهارة والصلاة والزكاة والحج والعقود؛ كالبيع والإجارة والنكاح، وتبعه على ذلك جماعة ممن بعده، ثم منهم من أطلق هذا الخلاف غير مقيد بالوقف على الإجازة، ومنهم من قيده بها؛ كالقاضي في «خلافه» وابن عقيل وصاحب «المغني»[(٢)] في موضع من كلامهما، فإن أريد بالصحة من غير وقف على الإجازة وقوع التصرف عن المالك وإفادة ذلك للملك له؛ فهو الطريق الثانية في القسم الثاني الذي

---

(١) «المغني» (٥/ ١٥٩).
(٢) «المغني» (٥/ ١٥٩).

سبق ذكره، وإن أريد الوقوع للغاصب من غير إجازة؛ ففاسد قطعاً إلا في صورة شرائه في الذمة إذا فقد المال من المغصوب، فإن الملك يثبت له فيها، نص عليه في «رواية المروذي»، ولا ينافي ذلك قولنا: إن الربح للمالك؛ لأنه فائدة ماله وثمرته؛ فيختص به؛ وإن كان أصل الملك لغيره، صرح به القاضي في «خلافه».

ومن فروع ذلك في العبادات المالية: لو أخرج الزكاة عن ماله من مال حرام؛ فالمشهور أنه يقع باطلاً، وحكي عن أحمد أنه إن أجازه المالك؛ أجزأته، وإلا؛ فلا.

ومنها: لو تصدق الغاصب بالمال؛ فإنه لا تقع الصدقة له ولا يثاب عليه، قال رسول الله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة بغير طهور، ولا صدقة من غلول»[1]، ولا يثاب المالك على ذلك أيضاً؛ لعدم تسببه إليه، ذكره ابن عقيل في «فنونه»، ونقل نحوه عن سعيد بن المسيب، ومن الناس من قال: يثاب المالك عليه، ورجحه بعض شيوخنا؛ لأن هذا البر تولد من مال اكتسبه؛ فيؤجر عليه وإن لم يقصده؛ كما يؤجر على المصائب التي تولد له خيراً، وعلى عمل ولده الصالح، وعلى ما ينتفع به الناس والدواب من زروعه وثماره.

ومنها: لو غصب شاة، فذبحها لمتعته أو قرانه مثلاً؛ فإنه لا يجزئه، صرح به الأصحاب، ونص عليه أحمد في رواية «علي بن سعيد»؛ لأن أصل الذبح لم يقع قربة من الابتداء؛ فلا ينقلب قربة بعده؛ كما لو ذبحها للحمها ثم نوى بها المتعة.

وحكى الأصحاب رواية بوقفه على إجازة المالك؛ كالزكاة، ونص أحمد على الفرق بين أن يعلم أنها لغيره؛ فلا تجزئه، وبين أن يظنها لنفسه؛ فتجزئه في «رواية ابن القاسم» و«سندي» وسوى كثير من الأصحاب بينهما في حكاية الخلاف، ولا يصح.

ومنها: لو أنكح الأمة المغصوبة وفي وقفه على الإجازة الخلاف، وعلى طريقة أبي بكر وابن أبي موسى هو باطل قولاً واحداً، ويبعد ها هنا القول بنفوذه مطلقاً بدون إجازة، بل هو باطل مخالف لنص السنة ولنصوص أحمد المتكاثرة، وأما من يتملك مال غيره لنفسه بعوض أو غيره؛

---

(١) الحديث أخرجه مسلم (٢٢٤).

فيجيزه المالك؛ فهو شبيه بتصرف الفضولي المحض، فيخرج على الخلاف فيه.

ومن صور ذلك: ما إذا قال عبد: فلان حرٌّ في مالي، فأجازه المالك؛ فالمنصوص عن أحمد أنه لا ينفذ، وخرج ابن أبي موسى وجهاً بنفوذه بالإجازة، ويلزمه ضمانه.

القسم الرابع: التصرف للغير في الذمة دون المال بغير ولاية عليه، فإن كان بعقد نكاح؛ ففيه الخلاف السابق، وإن كان يبيع ونحوه، مثل أن يشتري له في ذمته؛ فطريقان:

أحدهما: إنه على الخلاف أيضاً، قاله القاضي وابن عقيل في موضع وأبو الخطاب في «الانتصار».

والثاني: الجزم بالصحة ها هنا قولاً واحداً، ثم إن أجازه المشتري له ملكه، وإلا؛ لزم من اشتراه، وهو قول الخرقي والأكثرين، وقال القاضي في موضع آخر وابن عقيل: يصح بغير خلاف، لكن؛ هل يلزم المشتري ابتداءً أو بعد رد المشتري له؟

على روايتين، واختلف الأصحاب؛ هل يفترق الحال بين أن يسمى المشتري له في العقد أم لا؟

فمنهم من قال: لا فرق بينهما، منهم ابن عقيل وصاحب «المغني»، ومنهم من قال: إن سماه في العقد؛ فهو كما لو اشترى له بعين ماله، ذكره القاضي وأبو الخطاب في «انتصاره» في غالب ظني؛ وابن المني، وهو مفهوم كلام صاحب «المحرر».

القسم الخامس: التصرف في مال الغير بإذنه على وجه تحصل فيه مخالفة الإذن، وهو نوعان:

أحدهما: أن تحصل مخالفة الإذن على وجه يرضى به عادة بأن يكون التصرف الواقع أولى بالرضا به من المأذون فيه؛ فالصحيح أنه يصح اعتباراً فيه بالإذن العرفي.

ومن صور ذلك: ما لو قال له: بعه بمئة، فباعه بمئتين؛ فإنه يصح، وكذا لو قال له: اشتره لي بمئة، فاشتراه له بثمانين.

ومنها: لو قال له: بعه بمئة درهم نسيئة، فباعه بها نقداً؛ فإنه يصح.

ومنها: لو قال: بعه بمئة درهم، فباعه بمئة دينار؛ فإنه يصح على الصحيح، وفيه وجه: لا يصح؛ للمخالفة في جنس النقد.

ومنها: لو قال: بع هذه الشاة بدينار، فباعها بدينار وثوب، أو ابتاع شاة وثوباً بدينار؛ فإنه يصح، قال القاضي: هو المذهب، ثم ذكر احتمالاً أنه يبطل في الثوب بحصته من الشاة؛ لأنه من غير الجنس.

ومنها: لو أمره أن يشتري له شاة بدينار، فاشترى شاتين بالدينار تساوي إحداهما أو كل واحدة منهما ديناراً؛ فإنه يصح لذلك، فإن باع إحداهما بدون إذنه؛ ففيه طريقان:

أحدهما: إنه يخرج على تصرف الفضولي.

والثاني: إنه صحيح وجهاً واحداً، وهو المنصوص عن أحمد؛ لخبر عروة بن الجعد[1]، ولأن ما فوق الشاة المأمور بها لم يتعين؛ فصار موكولاً إلى نظره وما يراه.

النوع الثاني: أن يقع التصرف مخالفاً للإذن على وجه لا يرتضي به الآذن عادة؛ مثل مخالفة المضارب والوكيل في صفة العقد دون أصله، كأن يبيع المضارب نسأ على قولنا بمنعه منه، أو يبيع الوكيل بدون ثمن المثل، أو يشتري بأكثر منه، أو يبيع نسأً أو بغير نقد البلد، صرح القاضي في «المجرد» باستواء الجميع في الحكم؛ فللأصحاب ها هنا طرق:

أحدها: إنه يصح، ويكون المتصرف ضامناً للمالك، وهو اختيار القاضي في «خلافه» ومن اتبعه في المخالفة في قدر الثمن؛ لأن التصرف هنا مستند أصله إلى إذن صحيح، وإنما وقعت المخالفة في بعض أوصافه؛ فيصح العقد بأصل الإذن، ويضمن المخالف بمخالفته في صفته، وعلى هذا؛ فلا فرق بين أن يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه على المنصوص في «رواية ابن منصور»[2]، ومن الأصحاب من فرق بينهما، وأبطله في صورة الشراء؛ كصاحب «المغني»[3] والسامري، ولا فرق أيضاً بين أن يقدر له الثمن أوْ لا على أصح الطريقين، وصرح به القاضي وغيره، ونص أحمد على ذلك في «رواية الأثرم» و«أبي داود»[4] و«ابن منصور»[5].

---

(١) خبر عروة رواه البخاري (٣٦٤٢).

(٢) مسائل أحمد لابن منصور (٤٣٣).

(٣) «المغني» (٥/ ٧٨).

(٤) مسائل أحمد لأبي داود (١٩٩).

(٥) مسائل أحمد لابن منصور (٤٣٣).

والثاني: إنه يبطل العقد مع مخالفة التسمية؛ لمخالفة صريح الأمر، بخلاف ما إذا لم يسم؛ فإنه إنما خالف دلالة العرف، وممن قال ذلك القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «فصوله»، وفرق القاضي في «خلافه» وكثير من الأصحاب بين البيع نسأ وبغير نقد البلد؛ فأبطلوه فيهما، بخلاف نقص الثمن وزيادته، وفرقوا بأن المخالفة في النسأ وغير نقد البلد وقعت في جميع العقد وفي النقص والزيادة في بعضه، وفيه ضعف، ولكن قد نص أحمد على التفريق بينهما في «رواية ابن منصور»[1].

والطريقة الثانية: إن في الجميع روايتين:

إحداهما: الصحة والضمان.

والثانية: البطلان، وهي طريقة القاضي في «المجرد» وابن عقيل، وصححا رواية البطلان، وتأولا رواية الضمان على بطلان العقد، وأن العين تعذر ردها؛ فيأخذ المالك الثمن، ويضمن المشتري ما نقص من قيمة السلعة من الثمن.

وهذا بعيد جداً، وهو مخالف لصريح كلام أحمد، وحاصل هذه الطريقة أن هذه المخالفة تجعله كتصرف الفضولي سواء، وظاهر كلام الخرقي الوقف ها هنا على الإجازة، دون المخالفة في أصل العقد، مثل أن يشتري بعين ماله ما لم يأذن له في شرائه؛ فإنه صرح بالبطلان ها هنا، وجعله كتصرف الفضولي المحض.

ونص أحمد في «رواية عبد الله» و«صالح» فيمن أمر رجلاً أن يشتري له شيئاً فخالفه؛ كان ضامناً، فإن شاء الذي أعطاه؛ ضمنه وأخذ ما دفع إليه، وإن شاء؛ أجاز البيع، فإن كان فيه ربح؛ فهو لصاحب المال على حديث عروة البارقي، وهذا نص للوقف بالمخالفة؛ إلا أنه لم يقيده بالمخالفة في الصفة.

والطريقة الثالثة: إن في البيع بدون ثمن المثل وغير نقد البلد إذا لم يقدر له الثمن ولا عين النقد روايتين البطلان؛ كتصرف الفضولي والصحة، ولا يضمن الوكيل شيئاً؛ لأن إطلاق العقد

---

(١) مسائل أحمد لابن منصور (٤٣٧).

يقتضي البيع بأي ثمن كان وأي نقد كان بناءً على أن الأمر بالماهية الكلية ليس أمراً بشيء من جزئياتها، والبيع نسأ كالبيع بغير نقد البلد، وهذه الطريقة سلكها القاضي في «المجرد» وابن عقيل أيضاً في موضع آخر، وهي بعيدة جداً، مخالفة لمنصوص أحمد، وكذلك حكم المخالفة في المهر، فلو أذنت المرأة لوليها أن يزوجها بمهر سمته، فزوجها بدونه؛ فإنه يصح ويضمن الزيادة، نص عليه أحمد في «رواية ابن منصور».

وحكى الأصحاب رواية أخرى: إنه يسقط المسمى ويلزم الزوج مهر المثل، وكذا لو لم يُسَمِّ المهر؛ فإن الإطلاق ينصرف إلى مهر المثل، ويستثنى من ذلك الأب خاصة؛ فإنه لا يلزم في عقده سوى المسمى؛ ولو لم تأذن فيه أو طلبت تمام المهر، نص عليه في «رواية مهنا».

وأما المخالفة في عوض الخلع إذا خالع وكيل الزوجة بأكثر من مهر المثل، أو وكيل الزوج بدونه؛ ففيه ثلاثة أوجه:

-البطلان، وهو قول ابن حامد والقاضي.

-والصحة، وهو قول أبي بكر ومنصوص أحمد.

-والبطلان بمخالفة وكيله والصحة بمخالفته وكيلها، وهو قول أبي الخطاب.

ومع الصحة يضمن الوكيل الزيادة والنقص، وهذا الخلاف من الأصحاب من أطلقه مع تقدير المهر وتركه، ومنهم من خصه بما إذا وقع التقدير، فأما مع الإطلاق؛ فيصح الخلع وجهاً واحداً.

وفيه وجهان آخران ذكرهما القاضي:

أحدهما: يبطل المسمى ويرجع إلى مهر المثل.

والثاني: يخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا شيء له غيره ويسقط حقه من الرجعة، وبين رده على المرأة ويثبت له الرجعة.

وفي مخالفة وكيل الزوجة وجه آخر: إنه يلزمها أكثر الأمرين من المسمى ومهر المثل، ذكره ابن البنا.

القسم السادس: التصرف للغير بمال المتصرف؛ مثل أن يشتري بعين ماله لزيد سلعة؛ ففي «المجرد» يقع باطلاً رواية واحدة، ومن الأصحاب من خرجه على الخلاف في تصرف الفضولي، وهو أصح؛ لأن العقد يقف على الإجازة، وتعيين الثمن من ماله يكون إقراضاً للمشتري له أو هبة له؛ فهو كمن أوجب لغيره عقداً في ماله، فقبله الآخر بعد المجلس؛ فقد نص أحمد على صحة مثل ذلك في النكاح في «رواية أبي طالب»، والصحيح في توجيهها أنها من باب وقف العقود على الإجازة، وهو مأخذ ابن عقيل وغيره؛ فعلى هذا لا فرق في ذلك بين عقد وعقد؛ فكل من أوجب عقد الغائب عن المجلس، فبلغه، فقبله؛ فقد أجازه وأمضاه، ويصح على هذه الرواية.

وحكى أبو بكر رواية أخرى: إنه لا يصح إلا في مجلس واحد، واختارها.

٢١-الحادية والعشرون: الفائدة الثانية: الصفقة الواحدة؛ هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا، فإذا بطل بعضها بطل كلها؟

في المسألة روايتان، أشهرهما أنها تتفرق، وللمسألة صور:

أحدها: أن يجمع العقد بين ما يجوز العقد عليه وما لا يجوز بالكلية، إما مطلقاً أو في تلك الحال؛ فيبطل العقد فيما لا يجوز عليه العقد بانفراده، وهل يبطل في الباقي؟

على الروايتين، ولا فرق في ذلك بين عقود المعاوضات وغيرها؛ كالرهن والهبة والوقف، ولا بين ما يبطل بجهالة عوضه؛ كالبيع، وما لا يبطل؛ كالنكاح، فإن النكاح فيه روايتان منصوصتان عن أحمد؛ غير أن صاحب «المغني» اختار أن البيع إذا كان الثمن منقسماً عليه بالقيم؛ كعبدين أحدهما مغصوب: أنه لا يصح العقد فيهما؛ تعليلاً بجهالة العوض، بخلاف ما ينقسم الثمن عليه بالإجزاء؛ كقفيزين من صبرة واحدة، وهذا مأخذ البطلان وراء تفريق الصفقة، كما قالوا فيما إذا باع معلوماً ومجهولاً: إنه لا يصح رواية واحدة؛ لجهالة الثمن؛ فهذا هو المانع هنا في تفريقها، وفي «التلخيص»: إن للبطلان في الكل مأخذين:

أحدهما: كون الصفقة لا تقبل التجزؤ والانقسام.

والثاني: جهالة العوض.

قال: فعلى الأول يطرد الخلاف في كل العقود، وعلى الثاني لا يطرد فيما لا عوض فيه أو لا يفسد بفساد عوضه؛ كالنكاح، قال: وعلى الأول لو قال: بعتك كل واحد بكذا؛ لم يصح، ويصح على الثاني. انتهى.

ثم إنه حكى في تعدد الصفقة تفصيل الثمن وجهين، وصحح تعددها؛ فعلى هذا يصح في قوله: «بعتك كل واحد بكذا» على المأخذين، ثم إنه اختار أن المتبايعين إن علما أن بعض الصفقة غير قابل للبيع؛ لم يصح رواية واحدة؛ لأنهما دخلا على جهالة الثمن، وإن جهلا ذلك؛ فهو محل الروايتين لأن للجهل بمثل ذلك تأثيراً في الصحة، كما في شراء المعيب الذي يسقط أرشه بعد العقد.

وهذا ضعيف؛ فإن البائع قد يعلم بالعيب في العقد ولا يمنع الصحة، وكذا في بيع النجس وإخبار البائع بزيادة الثمن عمداً؛ فإن البيع يصح في ذلك كله ويسقط بعض الثمن.

وها هنا طريقة ثانية لدفع جهالة الثمن: وهي تقسيطه على عدد المبيع لا على القيم، ذكره القاضي وابن عقيل وجهاً في باب الشركة والكتابة من «المجرد» و«الفصول» فيما إذا باع عبدين، أحدهما له والآخر لغيره: إن الثمن يتقسط عليهما نصفين؛ كما لو تزوج امرأتين في عقد، وهذا بعيد جداً، ولا أظنه يطرد إلا فيما إذا كانا جنساً واحداً.

وذكرا في كتابيهما طريقة ثالثة، وهي أنه يمسك ما يصح العقد عليه بكل الثمن، أو يرد، وهذا في غاية الفساد؛ فإنه لو ظهر منه عيب؛ لا يستحق الرجوع بأرشه من الثمن عندنا بتلف إذا بطل البيع، اللهم إلا أن يخص هذا بمن كان عالماً بالحال، وأن بعض المعقود عليه لا يصح العقد عليه؛ فيكون قد دخل على بذل الثمن في مقابلة ما لا يصح عليه العقد خاصة؛ كما نقول فيمن أوصى لحي وميت يعلم موته بشيء: إن الوصية كلها للحي.

ولبعضهم طريقة أخرى في المسألة، وهي إن كان ما لا يجوز عليه العقد غير قابل للمعاوضة بالكلية؛ كالطريق؛ بطل البيع لأنه غير قابل للتحول بالكلية، وقياسه الخمر، وإن كان قابلاً للصحة؛ ففيه الخلاف، ذكره الأزجي، ولا يثبت ذلك في المذهب.

وعلى القول بالتفريق؛ فللمشتري الخيار إذا لم يكن عالماً بتبعض الصفقة عليه، وله أيضاً

الأرش إذا أمسك بالقسط فيما ينقص بالتفريق؛ كالعبد الواحد والثوب الواحد، ذكره صاحب «المغني» في الضمان.

الصورة الثانية: أن يكون التحريم في بعض أفراد الصفقة ناشئاً من الجمع بينه وبين الآخر؛ فها هنا حالتان:

إحداهما: أن يمتاز بعض الأفراد بمزية؛ فهل يصح العقد فيه بخصوصه، أم يبطل في الكل؟

فيه خلاف، والأظهر صحة ذي المزية.

فمن صور ذلك: ما إذا جمع في عقد بين نكاح أم وبنت؛ فهل يبطل فيهما، أم يصح في البنت لصحة ورود عقدها على عقد الأم من غير عكس؟

على وجهين.

ومنها: لو جمع حر واجد للطول أو غير خائف للعنت بين حرة وأمة في عقد؛ ففيه روايتان منصوصتان:

إحداهما: يبطل النكاحان معاً.

الثانية: يصح نكاح الحرة وحدها، وهو أصح؛ لأنها تمتاز بصحة ورود نكاحها على نكاح الأمة من غير عكس؛ فهي كالبنت مع الأم، وأولى؛ لجواز دوام نكاح الأمة معها على الصحيح أيضاً.

ومنها: أن يتزوج حر خائف للعنت غير واجد للطول حرة تعفه بانفرادها وأمة في عقد واحد، وفيه وجهان:

أحدهما: يصح نكاح الحرة وحدها، وهو ظاهر كلام القاضي في «المجرد»؛ لأن الحرة تمتاز على الأمة بصحة ورود نكاحها عليها؛ فاختصت بالصحة.

والثاني: يصح فيهما معاً، قاله القاضي وأبو الخطاب في «خلافيهما»؛ لأن له في هذه الحال قبول نكاح كل واحدة منهما على الانفراد؛ فيصح الجمع بينهما؛ كما لو تزوج أمة ثم حرة.

والأول أصح؛ لأن قدرته على نكاح الحرة تمنعه من نكاح الأمة؛ فمقارنة نكاح الحرة أولى بالمنع، أما إذا كان المتزوج عبداً وقلنا بمنعه من نكاح الأمة على الحرة التي تعفه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: إنه كالحر سواء، قاله القاضي في «الجامع» وصاحب «المحرر»(١).

والثاني: يصح جمعه بينهما في عقد بغير خلاف، وهو ظاهر كلام أبي الخطاب وصاحب «المغني»(٢)؛ لأن العبد لا تمنعه القدرة على نكاح الحرة من نكاح الأمة؛ فلا تمنعه مقارنة نكاحهما، وإنما يمتنع بسبق نكاح الحرة.

الحالة الثانية: إنه لا يمتاز بعضها عن بعض بمزية؛ فالمشهور البطلان في الكل؛ إذ ليس بعضها أولى من بعض بالصحة؛ مثل أن يتزوج أختين في عقد أو خمساً في عقد؛ فالمذهب البطلان في الكل، ونص عليه أحمد في «رواية صالح» و«أبي الحارث»، ونقل عنه ابن منصور: إذا تزوج أختين في عقد يختار إحداهما، وتأوله القاضي على أنه يختارها بعقد مستأنف، وهو بعيد.

وخرج القاضي فيما إذا زوج الوليان من رجلين وقعا معاً: إنه يقرع بينهما، فمن قرع؛ فهي زوجته، ويخرج ها هنا أمثلة.

الصورة الثالثة: أن تجمع الصفقة شيئين يصح العقد فيهما، ثم يبطل العقد في أحدهما قبل استقراره؛ فإنه يختص بالبطلان دون الآخر، قال القاضي وابن عقيل: رواية واحدة؛ لأن التفريق وقع هنا دواماً لا ابتداءً، والدوام أسهل من الابتداء، ومع هذا؛ فقد حكوا فيما إذا تفرق المتصارفان عن قبض بعض الصرف: إنه يبطل العقد فيما لم يقبض، وفي الباقي روايتا تفريق الصفقة، وهذا تفريق في الدوام؛ إلا أن يقال: القبض في الصرف شرط لانعقاد العقد لا لدوامه، وأن العقد مراعى بوجوده كما صرح به جماعة من الأصحاب؛ فيكون التفريق حينئذ في الابتداء؛ غير أن القاضي في «خلافه» حكى الخلاف في تفريق الصفقة في السلم والصرف مع تصريحه في المسألة بأن القبض شرط للدوام دون الانعقاد، وهذا يقتضي ولا بد تخريج

---

(١) «المحرر» (٢/ ٢٢).

(٢) «المغني» (٧/ ١٠٦).

الخلاف في تفريق الصفقة دواماً قبل استقرار العقد، وذكر أبو بكر في «الشافي» أن مال الزكاة إذا بيع ثم أعسر البائع بالزكاة؛ فللساعي الفسخ في قدرها، فإذا فسخ في قدرها؛ فهل ينفسخ في الباقي؟

يخرج على روايتي تفريق الصفقة، وهذا تصريح بإجراء الخلاف في التفريق في الدوام؛ فإن الفسخ ها هنا بسبب سابق على العقد؛ فلا يستقر العقد معه؛ فهذا في البيع ونحوه، فأما في النكاح؛ فإن طرأ ما يقتضي تحريم إحدى المرأتين بعينها؛ كردة أو رضاع؛ اختصت بانفساخ النكاح وحدها بغير خلاف، وإن طرأ ما يقتضي تحريم الجمع بينهما؛ فإن لم يكن لإحداهما مزية على الأخرى، بأن صارتا أختين بإرضاع امرأة واحدة لهما انفسخ نكاحهما، وإن كان لإحداهما مزية بأن صارتا أمّاً وبنتاً بالارتضاع؛ فروايتان، أصحهما: يختص الانفساخ بالأم وحدها إذا لم يدخل بهما؛ لأن الاستدامة اقوى من الابتداء؛ فهو كمن أسلم على أم وبنت لم يدخل بهما؛ فإنه يثبت نكاح البنت دون الأم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

[والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

بلغ مقابلة لجميع الكتاب بأصلي الذي بخطي بحضوري، وذلك مجالس آخرها عاشر شوال سنة ثلاث وسبعين وسبع مئة.

وكتبه مؤلفه عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي عفا الله عنه، وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم][1].

---

(١) هذه خاتمة أحد النسخ الخطيّة والتي تبين سنة كتابة الكتاب (٧٧٣هـ) ومقابلته وأما بقية النسخ ففيها نهايات تختلف.

الفهارس العامة

- فهرسة القواعد
- فهرسة الآيات
- فهرسة الأحاديث
- فهرسة الآثار
- الفهرست الموضوعي





فهرسة القواعد

الحمدلله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه الطاهرين وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين.

وبعد:

فإنه لما كان كشف المسائل من كتاب «تقرير القواعد وتحرير الفوائد» للشيخ الإمام العلامة زين الدين بن رجب الحنبلي تغمده الله برحمته مطولاً، اجتهدت في جمع مسائله حسب الإمكان ورتبتها على أبواب الفقه مِنْ تشاكل المسائل ومناسبة بعضها بعضاً لا على ترتيب أصل الكتاب؛ وذلك لتسهيل الكشف، فإذا أردت أن تعرف المسألة من أي القواعد هي فانظر إلى حروف الجمل الصغيرة مرموزة بالأحمر عقيب كل مسألة.

مثال ذلك إذا كان عقيب المسألة ق ن ج فاعلم أن القاف بمائة والنون بخمسين والجيم بثلاثة، فاطلب القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة تجد المسألة في القاعدة المذكورة[1] إن شاء الله تعالى.

---

(١) قال محمد أمين الخانجي في الهامش: (أبدلت تلك الحروف بالأرقام كما تجد ذلك في صفحات الفهرس وقد زدنا رقم الصفحات فالأرقام التي على اليمين تشير إلى الصفحات والتي على اليسار تشير إلى القواعد) ا.هـ



باب المياه والآنية

أبواب الوضوء والغسل والتيمم والمسح

باب الحيض

كتاب الصلاة وما يتعلق بها

يعني من الأحكام وذكر الصلوات إلى الجنائز

القاعدة	الموضوع
٢	لو كان جيبه واسعاً ترى منه عورته في الصلاة لكن له لحية تستر
٩	الصلاة بالنجاسة وبغير سترة
٩	الصلاة في الثوب المغصوب والحرير
٩	الصلاة في البقعة المغصوبة
٩	صلاة من عليه عمامة حرير
١٦٠	إذا اجتمع العراة ومعهم ثوب ليس هو لأحدهم
١٢	إجابة المؤذن
٧٠	الأمر بإجابة المؤذن
١٦٠	إذا تشاحوا في الأذان
٣	إذا أدرك الإمام في الركوع
٤	يجوز تقديم صلاة العصر إلى وقت صلاة الظهر
٤	صلاة الجمعة سببها اليوم
٥	إذا صلّى الصبي في أول الوقت ثم بلغ
٥	إذا جمع بين الصلاتين في وقت أولاهما
٦	إذا صلّى الظهر من لا جمعة عليه لأجل العذر ثم زال
٦	إذا صلى المسافر بالاجتهاد إلى جهة
٨	تحريك اللسان في القراءة
٨	المريض إذا عجز في الصلاة عن وضع وجهه
٨	العاجز عن القراءة يلزمه القيام
٨	من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها
٨	من عجز عن بعض الفاتحة
٩	الصلاة في أوقات النهي
١٠	التكبير والتسبيح والدعاء لا تجوز الترجمة عنه
١٠	خطبة الجمعة لا تصح بغير العربية
١١	إذا تضايق وقت المكتوبة هل ينعقد النفل

كتاب الصيام

كتاب الحج

كتاب البيع

باب بيع الأصول والثمار

باب الحجر والتفليس

باب الصلح

باب الحوالة والضمان

باب الشركة

باب الوكالة

باب الإقرار

باب العارية

باب الغصب

باب الشفعة

باب المساقاة والمزارعة

باب الإجارة

باب إحياء الموات والجعالة

باب الوقف

باب الهبة

باب اللقطة واللقيط

باب الوصايا والمواريث

القاعدة	الموضوع
٨٢	الموصى بعتقه إذا كسب
٨٢	الموصى بوقفه إذا نما
٨٢	الموصى به لمعين
٨٢	تركة من عليه دين إذا تعلّق بها حق الغرماء
٨٢	الموصى بعتقها أو وقفها إذا ولدت
٨٤	ثبوت الملك للحمل بالوصية
٨٤	الحمل هل له حكم؟
٨٤	إذا كان لرجل زوجة ولها ولد من غيره فمات
٨٤	الحمل يملك الميراث
٨٥	الموصى له بعد موت الموصي
٨٥	تعلق حق الغرماء بالتركة
٨٥	تعلق حق الموصى له بالمال
٨٦	الوصية بالمنافع
٩٥	إذا أوصى إلى رجل بتفريق ثلثه
٩٥	لو وصّى لشخص بشيء فلم يعرف
٩٥	لو اشترى الورثة عبداً من التركة
٩٥	لو مضى على المفقود زمن يجوز فيه قسمة ماله
٩٦	إذا دفع أجنبي عيناً موصى بها إلى مستحقها
١٠٢	قبل الموصى له الموصي بعد الوصية
١٠٤	إجازة الوصية
١٠٥	الوصية لجاره محمد
١٠٦	مال من لا يعلم له وارث
١٠٧	الإجازة لفلان ولمن يولد له
١٠٧	الإجازة لمن يولد لفلان ابتداء
١٠٨	المتوارثان إذا ماتا جميعاً
١١٠	لو امتنع الموصى له من القبول والرد
١١٥	العصبات المجتمعون في الميراث
١١٥	ذوو الفروض

باب الفيء والصدقة

كتاب النكاح وما يتعلق به

أبواب الخلع والطلاق والرجعة

باب العدد

باب الرضاع والنفقة

باب الجراح وما يتعلق به

باب الحدود

باب الجهاد

أبواب الصيد والذبائح والأضاحي والأطعمة

أبواب الأيمان، والنذور، والكفارات

باب القضاء والشهادات وما يتعلق بذلك

القاعدة	الموضوع

فصل

وهذه المسائل الملحقة بالقواعد وعدتها إحدى وعشرون مشتهرة، فيها اختلاف في المذهب، ينبني على الاختلاف فيها فوائد مذكورة في كل مسألة.

الأولى ما يدركه المسبوق في الصلاة هل هو آخر صلاته أو أولها؟ وفي هذه المسألة روايتان: إحداهما أن ما يدركه المسبوق آخر صلاته، وما يقضيه أولها، وهو ظاهر المذهب.

الثانية الزكاة هل تجب في عين النصاب أو في ذمة مالكه؟ وفيه روايتان.

الثالثة المستفاد بعد النصاب في أثناء الحول هل يضم إلى النصاب أو يفرد عنه؟

الرابعة الملك في مدة الخيار هل ينتقل إلى المشتري أم لا؟

الخامسة الإقالة هل هي فسخ أو بيع.

السادسة النقود هل تتعين بالتعيين في العقد أم لا؟

السابعة العبد هل يملك بالتمليك أم لا.

الثامنة المضارب هل يملك الربح بالظهور أم لا.

التاسعة الموقوف عليه هل يملك رقبة الوقف أم لا.

العاشرة إجازة الورثة هل هي تنفيذ للوصية أو ابتداء عطية.

الحادية عشرة الموصى له هل يملك الوصية من حين الموت أو من حين قبوله لها؟

الثانية عشرة الدين هل يمنع انتقال التركة إلى الورثة أم لا؟

الثالثة عشرة التدبير هل هو وصية أو عتق؟

الرابعة عشرة نفقة الحامل هل هي واجبة لها أو لحملها؟

الخامسة عشرة القتل العمد هل موجبه القود عيناً أو أحد أمرين؟

السادسة عشرة المرتد هل يزول ملكه بالردة أم لا؟

السابعة عشرة الكفار هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا؟

الثامنة عشرة الغنيمة هل تملك بالاستيلاء المجرد أم لا بد معه من نية التملك؟

التاسعة عشرة القسمة هل هي إفراز أو بيع

العشرون التصرفات للغير بغير إذنه هل تقف على إجازته أم لا؟

الحادية والعشرون الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا؟ فإذا بطل بعضها بطل كلها؟ في المسألة روايتان: أشهرهما: أنها تتفرق

تمت الفهرسة والله سبحانه وتعالى أعلم.

فهرسة الآيات القرآنية

فهرسة الأحاديث

فهرسة الآثار مرتَّبة على قائليها



الفهرست الموضوعي

هذا الكتاب

يعدّ كتابنا هذا من أكبر ما ألّف في القواعد في الفقه الحنبلي؛ فقد

جمع في كتابه معظم القواعد في المذهب الحنبلي والتي لا تختلف عن

بقية القواعد المشهورة إلا من حيث الصياغة والأسلوب، وطريقته هي

جمع مجموعة من المسائل الفقهية المتنوعة والتي تنضبط تحت مسلك واحد، وابن رجب كعادته في بقية مؤلفاته واسع الاطلاع، فقد نقل مسائل الإمام أحمد، كما نقل عن كتب للحنابلة تعد في عداد المفقود، وعثرنا على نقولات لشيخ الإسلام ابن تيمية لا توجد في جميع مؤلفاته المطبوعة، كما كان لابن رجب ترجيحات فقهية دقيقة.

وبالرغم من أن المسائل الفقهية تحت كل قاعدة جاءت متفرقة إلا أنّ عمل أحد العلماء الحنابلة - الشيخ جلال الدين أبي الفرج نصر الدين البغدادي الحنبلي - والذي قام بترتيب مسائله على أبواب الفقه فزاد الكتاب في قيمته بهذا الفهرس، وبعد ذلك تعليقات أحد اكابر الفقهاء المعاصرين وبعض تعليقات العلامة السعدي والتي وضعت في هامش الكتاب تحت كل قاعدة جعلت هذا الطبعة وفي مجلد واحد طبعة متميزة عن غيرها.

وكان جهد المحقق:

- إخراج الكتاب بضبط النص وإضافة تعليقات أحد اكابر الفقهاء المعاصرين بشكلها الصحيح لأول مرّة.
- تخريج الأحاديث والآثار المذكورة في النص أو المشار إليها.
- وضع فهرس المسائل الذي صنعه الشيخ جلال الدين البغدادي الحنبلي.
- كما عملنا فهرساً للآيات والأحاديث والآثار.

ليظهر الكتاب مخدوماً وفي مجلدٍ واحدٍ فقط، نسأل الله أن يرزقنا اجتناب أسباب الزيغ والزلل، آمين، والحمد لله رب العالمين.

بيت الأفكار الدولية

هاتف: 0201 586 6 962+ | فاكس: 0209 566 6 962+ | الأردن

هاتف: 2855 404 1 966+ | فاكس: 4238 403 1 966+ | السعودية

kar.ws

me@afkar.ws

الموتمن للتوزيع

هاتف: 2855 404 1 966+ | 6888 464 1 966+ | فاكس: 4238 403 1 966+ | 2919 464 1 966+

ص.ب: 69780 الرياض 11557 السعودية

9 789957 211738